

كلية الحقوق والعلوم السياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

قانون أعمال

رقم : أدخل رقم تسلسل المذكرة

إعداد الطالب:
عبد الغني ورياشي

يوم : 28/06/2022

إجراءات نقل الملكية العقارية في عقد الهبة

لجنة المناقشة:

رئيسا	محمد خيضر بسكرة	أ. مح أ	قروف موسى
مشرفا	محمد خيضر بسكرة	أ. مح أ	حملوي دغيش
مناقش	محمد خيضر بسكرة	أ. مس أ	دعدوة عبد المنعم

السنة الجامعية : 2021 - 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

اشكر الله عز وجل الذي أمدني بالقوة والعزم والإرادة للمضي بعيدا في هذا العمل المتواضع.

أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان إلى أساتذتنا الأفاضل الذين نكن لهم كل الاحترام والتقدير، الذين مهدوا لنا طريق العلم، وفتحوا لنا باب المعرفة.

-واخص بالتقدير والشكر للأستاذ المشرف **حملاوي دغيش**

الذي لم ينخل علينا بتوجيهاته القيمة ونصائحهم المتميزة للمضي إلى الإمام الذي زرع فيا الإصرار على الوصول إلى الهدف المنشود حتى في أصعب الظروف - وأتوجه بجزيل الشكر للأعضاء اللجنة المكلفة بالمناقشة الذين تكرموا بعناء قراءة هذه الرسالة.

- كما أشكر كل ما ساعدنا على إتمام هذا العمل وقدم لنا يد العون من قريب أو من بعيد.

وأتوجه بالشكر إلى عائلة كلية الحقوق والعلوم السياسية كل واح باسمه وإلى كل من ساهم ولو بكلمة طيبة في نجاح مسار هذا البحث العلمي.

جزاكم الله خيرا.

إهداء

إلى الذي غرس بداخلي بذور المبادئ وعلمني أن من سار على الدرب
وصل له الفضل بعد الله في تربيته وتعليمي، صاحب العقل الراجح
والعزيم العزيم
إلى التي لو أهدينا لها الدنيا بما رحبت ما أوفينا حقها إلى من أرضعتني
حب العلم وحب الحياة إلى من صبرت عليا وحملتني وهن على وهن
أمي الغالية

وإلى إخوتي وأخواتي اللذان كانا بجانبني

وإلى الأستاذ: درغيش حملاوي

شكرا لكم جميعا على الدعم والتشجيع

من أجل نيل هذه الشهادة

عبد الغني ورياشي

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	شكر و عرفان
	إهداء
	فهرس المحتويات
أب	مقدمة
الفصل الأول: مفاهيم أساسية حول الملكية العقارية وعقد الهبة	
5	المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية
5	المطلب الأول: مفهوم الملكية في التشريع الجزائري وأصنافها
5	الفرع الأول: مفهوم الملكية
6	الفرع الثاني: أصناف الملكية
13	المطلب الثاني: مفهوم العقار وأنواعه
13	الفرع الأول: مفهوم العقار
14	الفرع الثاني: أنواع العقار
17	المبحث الثاني: عقد الهبة
17	المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة ومقوماتها
17	الفرع الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحاً
18	الفرع الثاني: مقومات عقد الهبة
21	المطلب الثاني: الأركان العامة في عقد الهبة
21	الفرع الأول: التراضي في عقد الهبة
29	الفرع الثاني: المحل في عقد الهبة
30	الفرع الثالث: شكل عقد الهبة في المنقول

32	خلاصة الفصل الأول
الفصل الثاني: الآثار القانونية لنقل ملكية العقار في عقد الهبة	
34	المبحث الأول: التزامات الواهب
35	المطلب الأول: نقل ملكية الشيء تالموهوب إلى الموهوب له
35	المطلب الثاني: التزام الواهب بالتسليم
37	المطلب الثالث: التزام الواهب بضمان التعرض والاستحقاق
37	المطلب الثاني: التزامات الموهوب له
39	المطلب الأول: الالتزام بأداء العوض
40	المطلب الثاني: الالتزام بنفقات الهبة
41	المبحث الثالث: الرجوع عن الهبة في العقار والآثار الناجمة عنه
41	المطلب الأول: الرجوع عن الهبة في العقار وطرقه
41	الفرع الأول: الرجوع عن الهبة في العقار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية
44	الفرع الثاني: الالتزام بنفقات الهبة
44	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة في العقار
45	الفرع الأول: آثار الرجوع عن الهبة في العقار في التشريع الجزائري
58	الفرع الثاني: آثار الرجوع عن الهبة في العقار في الفقه الإسلامي
67	خلاصة الفصل الثاني
69	خاتمة
72	قائمة المصادر والمراجع
الملخص	

مقدمة

الهبية تصرف قانوني وشرعي، أبحاثه الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، ونظمت أحكامه بقواعد ليسير وفق ضوابط تجعله يحقق أهدافه التي تبرم من أجلها، فهي من عقود التبرعات لها دورها في العلاقات الاجتماعية من خلال ترسيخ روح التعاون والتكافل الاجتماعيين بين الأفراد، وتحث هذه التبرعات بأحكامها وشروطها، حيزا هاما في المصنفات الفقهية والمعاملات القانونية.

ويعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق نطاقا باعتباره يخول لصاحبه حق التصرف فيه والتنازل عنه على النحو الذي يراه مناسبا، وتنازل المالك عن ملكيته قد يكون بعوض، وقد يكون دون عوض في صورة تبرع كالوصية والهبية، فنجد أن الهبة تجمع بين صفتين متلازميتين ومتناقضتين في آن واحد، فهي تعتبر من أسمى ومن أخطر التصرفات الناقلة للملكية. وهي تعد من أخطر التصرفات ذلك أن الواهب فيها يتجرد طواعية بإرادته الحرة والخالصة عن ممتلكاته إلى الشخص الموهوب له على وجه التبرع، مما تشكل انفجار في جانب الواهب وحرمانا لورثته من حقهم وهو الميراث، فان الهبة تعتبر من التصرفات القانونية التي يباشرها الأفراد في حياتهم اليومية.

بما أن الهبة من الأحوال العينية وليست الشخصية، فإن أحكامها لا بد من أن يكون مكانها القانون المدني، لكن المشرع الجزائري أدرجها ضمن الأحوال الشخصية وذلك بالتنصيص عليها في قانون الأسرة كونها من العقود المسماة، ولما شك أن الهبة في العقار تطرح نزاعات شتى على المستوى القضائي لاسيما تلك المتعلقة بالطعن في صورتها، أو تلك المتعلقة بإبطالها، أو بممارسة حق الرجوع فيها، والأكثر من ذلك وضع المشرع الجزائري للإجراءات القانونية التي تنتقل من خلالها الملكية العقارية في عقد الهبة من أجل ضمان استقرارها وتنظيم عملية انتقالها من شخص إلى آخر.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في التعرف على جميع الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار في عقد الهبة، مما لها من أهمية في المجالين الاقتصادي والاجتماعي.

سبب إختيار الموضوع:

من أبرز أسباب اختيار الموضوع هي حساسية الموضوع داخل المجتمع وعدم اللامام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار في عقد الهبة.

إشكالية الموضوع:

يعتبر موضوع الدراسة المتمثل في إجراءات نقل ملكية العقار في عقد الهبة من المواضيع الشائكة التي تتسم بالغموض ومن أجل فهم تلك الإجراءات أكثر والإحاطة واللامام بجميع الخطوات اللازمة والمفاهيم الأساسية نطرح محور اشكالتنا على النحو التالي:

كيف تتم إجراءات نقل ملكية العقار في عقد الهبة في التشريع الجزائري؟

أهداف الموضوع:

سنحاول في بحثنا هذا التعرف على جميع إجراءات نقل ملكية العقار في عقد الهبة التي أقرها المشرع.

الدراسات السابقة:

فريدة هلال (الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2010/2011، تطرقت الباحثة إلى الهبة بصفة عامة وتحليل دقيق، وتوصلت إلى عدة نتائج نذكر منها: أن المشرع الجزائري اعتبر الهبة عقدا ألزم فيه الايجاب والقبول لانعقادهن واشترط لصحته الحيابة في المنقول، في العقار اشترط الرسمية والحيابة معا باستثناء حالات حصرية.

قان كريم(نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري) مذكرة ماجستير،

اختصاص قانون الاعمال المقارن، جامعة وهران ، 2011/2012، الباحث ركز على أهمية

العقار وأنواعه و الملكية و الحقوق، وعقد البيع في القانون الجزائري ، وتوصل إلى عدة نتائج منها : أن العقد الناقل للملكية العقارية يخضع لجملة من الشروط الشكلية و الموضوعية، لا وجود لسوق عقارية بدون وضوح ، أن المشرع الجزائري لم يكتف بقاعدة الرسمة بل اشترط الشهر كشرط وجوبي لنق الملكية العقارية، وجوب فتح المجال اما القطاع الخاص للمساهمة في إعادة مسح الأراضي العام عن طريق عقود ثانوية من اجل استقرار النظام العقاري.

منهج البحث :

واتبعنا المنهج التحليلي الذي يقود لتوضيح وإزالة كل الغموض التي تكتنف أحكام ومبادئ خاصة فيما يخص أحكام الهبة في العقار، والمنهج المقارن للتعرف على أحكام الهبة في العقار ما بين الشرع والقانون.

خطة البحث :

من أجل الإحاطة بالموضوع قسم البحث إلى فصلين، نتطرق في الأول إلى مفاهيم أساسية حول الملكية العقارية وعقد الهبة، من خلال مبحثين : ماهية الملكية العقارية الذي بدوره ينقسم إلى مطلبين أم المبحث الثاني: عقد العبة، ينقسم أيضا إلى مطلبين، أما الفصل الثاني: الآثار القانونية لنقل ملكية العقار في عقد الهبة قسم إلى ثلاث مباحث، الأول متعلق بالتزامات الواهب، والثاني : التزامات الموهوب له، اما المبحث الثالث جاء بعنوان : الرجوع عن الهبة في العقار والآثار الناجمة عنه،

الفصل الأول

مفاهيم أساسية حول الملكية

العقارية وعقد الهبة

الفصل الأول مفاهيم أساسية حول الملكية العقارية وعقد الهبة

نعبر الهبة من عقود التبرعات الناقلة للملكية التي تعمل على تمتين العلاقات بين أفراد المجتمع، وهذا ما دعى إليه الله سبحانه وتعالى من خلال مجموعة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، وكذلك قانون الأسرة تطرق إلى الهبة ولكن ليس بشكل مفصل بل اقتصر على إرادة ضمن أسباب نقل الملكية، سنتطرق في هذا الفصل إلى المفاهيم الأساسية للملكية العقارية وعقد الهبة، من خلال مبحثين. المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية. المبحث الثاني: عقد الهبة

المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية

إن الملكية العقارية أحد أنواع الملكية عموماً، نحاول تسليط الضوء على مفهوم الملكية في التشريع الجزائري وأصنافها (المطلب الأول) و مفهوم العقار وأنواعه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم الملكية في التشريع الجزائري وأصنافها

نحاول من خلال هذا المطلب إعطاء تعريف للملكية، وفقاً لما جاء به القانون المدني الجزائري في الفرع الأول ، مع بيان أصناف الملكية في التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الملكية

نتطرق في هذا الفرع للتعريف الفقهي للملكية، والتعريف القانوني لها

أولاً : التعريف الفقهي للملكية

يعرف حق الملكية "بأنه حق الاستئثار باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه على

وجه دائم¹ وكل ذلك في حدود القانون¹.

¹ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2005، ص 246 .

ويعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا ذلك أنه يرد على شيء من الأشياء ويخول لصاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في هذا الشيء وذلك في حدود 2 القانون¹.

فهذه السلطات الثلاث من شأنها تمكين المالك من الحصول على جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء. فالاستعمال هو أن يستخدم الشيء وفقا لما هو قابل للحصول على منفعه باستثناء الحصول على ثماره ومثاله أن يسكن المالك داره أو يستعمل سيارته. والاستغلال هو قيام المالك أو غيره بالأعمال اللازمة بغية الحصول على ثمار الشيء، ويقصد بالثمار ما ينتجه الشيء بصفة دورية ومنتظمة.

والتصرف في الشيء بالمعنى المادي والقانوني، والتصرف المادي في الشيء يقصد به القيام بالأعمال المادية التي تؤدي إلى إستهلاك الشيء أو إحداث تغييرات فيه أو إنعدامه².

ثانيا: التعريف القانوني للملكية.

بالرغم من أن التعريفات تعد أصلا من عمل الفقه إلا أن المشرع الجزائري تدخل وعرف حق الملكية في المادة 674 من القانون المدني بقوله: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة." ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 802 والتي جاء فيها مايلي: "مالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"³.

ما يلاحظ على النصين السابقين هو أن المشرع الجزائري لم يتطرق في تعريفه بحق الملكية لعنصر الاستغلال، وهذا على عكس المشرع المصري الذي أشار إلى جميع عناصر حق الملكية بما فيها حق الاستغلال.

¹ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص14.

² عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، لبنان، ص 26 وما بعدها.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 8، ط3، 2000، ص 492.

الفرع الثاني: أصناف الملكية في التشريع الجزائري

إن الدستور الجزائري لسنة 1996 والذي يعتبر القانون الأسمى في البلاد قد نص على ثلاثة أصناف من الملكية العقارية ألا وهي الملكية الوطنية ثم الملكية الخاصة أما النوع الثالث فهو الملكية الوقفية.

أولاً: الأملاك الوطنية:

الأملاك الوطنية هي مجموعة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة¹.

وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة الولاية والبلدية².

وتنقسم الأملاك الوطنية إلى أملاك وطنية عمومية وأملاك وطنية خاصة.

1- الأملاك الوطنية العمومية

عرفت المادة 12 من القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية على أن الأملاك الوطنية العمومية هي " الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام ". ولا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تملك خاص ، وهي غير قابلة للتصرف فيها واكتسابها بالتقادم³.

وتشمل الأملاك الوطنية العمومية، أملاك وطنية عمومية طبيعية وأخرى اصطناعية،

فأما الأملاك العمومية الطبيعية تتكون خصوصا بفعل الطبيعة وتشتمل على⁴:

¹ عون سف الدين ومحمودي لطفي وسلطنية عبد الكريم، الحماية الجزائرية للملكية العقارية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر دفعة 16، 2008/2007، ص03.

² وهذا ما أكدته المادة 02 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن " قانون الأملاك الوطنية" الجريدة الرسمية الصادرة في ديسمبر 1990، العدد 52.

³ عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2006، ص120.

⁴ وجدي شفيق فرج، دليل إجراءات التعامل مع مأموريات الشهر العقاري ومكاتب التوثيق، شركة ناس، ط1. 153؛ 154، ص، 2002

شواطئ البحر، قعر البحر الإقليمي وباطنه، المياه البحرية الداخلية، مجاري المياه ورقاق مجاري المياه، المجال الجوي الإقليمي، الثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية.

أما الأملاك العمومية الاصطناعية تتكون خصوصا بفعل الإنسان وتشتمل على : الأراضي المعزولة اصطناعيا عن تأثير الأمواج، السكك الحديدية وتوابعها الضرورية لاستغلالها الموانئ المدنية والعسكرية وتوابعها لحركة المرور البحرية، الموانئ الجوية والمطارات المدنية والعسكرية وتوابعها المبنية أو غير المبنية المخصصة لفائدة الملاحة الجوية، الطرق العادية والسريعة وتوابعها، المنشآت الفنية الكبرى والمنشآت الأخرى وتوابعها المنجزة لغرض المنفعة العمومية، الآثار العمومية والمتاحف والأماكن الأثرية والحدائق المهيأة... وغيرها¹.

2- الأملاك الوطنية الخاصة

الأملاك الوطنية الخاصة هي تلك الأملاك غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية²، فإنها تخضع مبدئيا لأحكام القانون الخاص.

غير أنه لا يستتبع التطبيق الكلي لقواعد القانون الخاص على هذه الممتلكات كونها تشكل ملكية خاصة لشخصية قانونية عمومية.

وقد بينت أحكام المواد 38 إلى 58 من القانون رقم 90-30 طرق تشكيل الأملاك الوطنية الخاصة إلى ثلاثة طرق³.

- الوسائل التي تستعملها الدولة أثناء القيام بوظائفها كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة
- الوسائل التي تستعملها الدولة أثناء ممارستها لحق السيادة كالتأميم والأملاك التي تؤول إلى الدولة باعتبارها شاغرة والأملاك التي ليس لها وارث.

¹ عمار علوي، المرجع السابق، ص 121، 122.

² عون سف ومحمودي لطفي وسلطنية عبد الكريم، الحماية الجزائرية للملكية العقارية، المرجع السابق ص 06.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 11.

- وسائل القانون الخاص ويتعلق الأمر بالمعاملات التي تقوم بها الدولة كالشراء والهبة.

ثانياً: الأماك الخاصة

ويحكمها القانون المدني والقوانين المتفرعة¹ عنه حسب طبيعة الأشكال، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني، فإن الملكية الخاصة نظمتها أحكام المواد 674 وما يليها وهي إما أن تكون ملكية تامة أو ملكية مجزأة أو ملكية مشتركة وإما ملكية مشاعة.

1- الملكية التامة

الملكية التامة هي الملكية الواقعة على ذات العين ومنافعها²، بعبارة أخرى هي الملكية التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث، وهي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف³.

وهذه الحقوق يمارسها المالك على ملكه عقاراً كان أو منقولاً، وقد تكلفت بتحديد نطاق حق الملكية التامة المواد 674، 675، 676 و677 من القانون المدني والمادتين 27 و28 من قانون التوجيه العقاري .

يتضح من هذه النصوص أن حق الملكية العقارية يشمل الشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وملحقات، أم إذا كان هذا الشيء أرضاً شملت ملكيتها ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، وذلك فيما عدا ما يستثنيه القانون أو الإتفاق⁴.

وعليه تتميز الملكية التامة بميزتين أساسيتين هما :

- أنها حق مطلق بمعنى امتلاك تصرف بلا منازع في الشيء
- أن لها حق أبدي غير محدود في الزمان.

¹ مثل القانون رقم 90 - 25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن "قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 18 نوفمبر 1990، العدد 49.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر - 1996 ص 67.

³ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر - 2007، ص 13.

⁴ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 12.

لكن لهاتين الميزتين بعض القيود نص عليها القانون، منها القيود التي تلحق بالطابع المطلق والقيود الذي يلحق بالطابع الأبدي .

2 فأما القيود التي تلحق الطابع المطلق هي¹:

- أن لا يكون استعمالا محرما من قبل القانون أو التنظيم.

- إمكانية تأمين أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة

- إمكانية الارتفاق الشرعي.

- فتح الأبواب والنوافذ على الجيران (المادة 709-710 من القانون المدني).

أم القيد الذي يلحق الطابع الأبدي ينجم عن عدم استعمال الاكتساب بالتقادم لصالح شخص آخر ومن هنا يفقد المالك السابق حق الملكية

2- الملكية المجزأة

ونقدمه كذلك بالملكية الناقصة²، فالقانون كما سبق الإشارة له خول المالك، حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، لكن هذا الأخير قد يتنازل عن بعض الحقوق لفائدة الغير فيجزئ ملكيته فهو قد يتنازل عن حق الاستعمال، أو الاستغلال لصاحب حق الانتفاع فيبقى له عندئذ سوى ملكية الرقابة، فتصبح الملكية مجزأة للمالك الأصلي ملكية الرقبة ولصاحب حق الانتفاع استعمال أو استغلال الملك³.

3- الملكية الشائعة (المشاعة).

عرفت المادة 713 من القانون المدني الملكية المشاعة⁴، على أنها إذا ملك إثنان أو أكثر وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يرق دليل على غير ذلك.

¹ عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، المرجع السابق، ص124.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص68.

³ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص78.

⁴ عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008/2007، ص16، 17.

وقد خول المشرع الجزائري في المادة 718 من القانون المدني للمالك المشاع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال المشاع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء في الملكية¹.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 150167 المؤرخ في 19/11/1997 :
" من المقرر قانونا أنه لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك لغير موافقة باقي الشركاء.

ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال المشترك فإنهم قد أصابوا في قرارهم خاصة أن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من 4 قبل كل الشركاء أو أغلبهم².

كما أن القانون لا يشترط على الشريك في إطار المحافظة على الملك المشاع أن يستظهر أمام المحكمة بوكالة من جميع الورثة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 116228 المؤرخ في 22/11/1994 " ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى اترمي إلى طرد المطعون ضد ها، عرضوا قرارهم للنقض"³.

4- الملكية المشتركة :

هي حالة قانونية يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية وتكون ملكيتها مقسمة بين عدة أشخاص إلى حصص، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في

1 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2006، ص85.

2 عون سيف الدين ومحمودي لطفى وسلطنية عبد الكريم، الحماية الجزائرية للملكية العقارية، المرجع السابق، ص11.

3 حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص14.

العمارات مثل الأسطح، الأفنية، ممرات الدخول، الدرج، المصاعد، حيث تطبق على هذه الأجزاء قواعد الشيوخ الإجباري¹.

ولا يجوز المطالبة بقسمتها عملا بنص المادة 747 من القانون المدني². وهو ما تبنته المحكمة العليا في القرار رقم 76988 المؤرخ في 10/07/1991 : " من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى التقسيم، ومن ثم الن عي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم لها يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما³.

ومن ثمة فلا يجوز للمالكين المشتركين أن يقوموا بقسمة الأجزاء المشتركة التي يملكونها على الشيوخ، فيحظر عليهم قسمة البساتين والأفنية والمداخل والأروقة والشرفات المشتركة والأسطح والأفنية وممرات الدخول وغيرها من العقارات المبنية وغير المبنية المعدة للاستعمال المشترك

ثالثا: الأملك الوقفية

المقصود بالوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق⁴.

فالوقف أو الحبس كان قبل سنة 1984 يتم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامي و، عندما صدر قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 نظم الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات (المواد 213 إلى 220 من قانون الأسرة) .وفي سنة 1990 أثناء سن القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990

1 عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص17.

2 - عون سيف الدين ومحمودي لطفي وسلاطينة عبد الكريم، الحماية الجزائية للملكية العقارية، ص12. وتتصل المادة 747 من القانون المدني على ما يلي: "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم

3 -حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص15.

4 حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة، الجزائر، ط4، 2009، ص167.

المتضمن التوجيه العقاري تم التنصيص على الوقف في المادتين 31 و32 منه، وأشارت المادة 32 على أنه: " يخضع تكوين الأملك الوقفية وتسييرها لقانون خاص".¹

وبالفعل تدعم هذا التصرف القانوني في سنة 1991 بصدور القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، ثم تلاه المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01/12/1998 الذي حدد شروط إدارة الأملك الوقفية وتسييرها وحمايتها.²

والمشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة من ملك الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم، بل اعتبر الوقف مؤسسة أو بالأحرى مال يتمتع بالشخصية المعنوية طبقا للمادة 05 من قانون الأوقاف التي نصت على أن " : الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية "

كما أكدت المادة 16 على لزوم الوقف بعد صدوره بقوله " : يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم... " بمعنى لا يصح للواقف الرجوع عن الوقف الذي أنشأه لفائدة الغير.³

والأملك الوقفية حسب المادة 06 من قانون الأوقاف نوعان⁴ : وقف عام ووقف خاص. فأما الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه كوقف أرض لحساب مستشفى

أما الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عدد من الذكور والإناث أو أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

المطلب الثاني : مفهوم العقار وأنواعه

¹ عون سف الدين ومحمودي لطفي وسلطنية عبد الكريم، الحماية الجزائرية للملكية العقارية، المرجع السابق، ص 17، 16 ص
² - المذكورة رقم 53-30 المؤرخة في 26 أكتوبر 2009 المتعلقة بتسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها و/أو المدارس القرآنية
³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 17.
⁴ رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 42، 45

سنتناول في هذا المطلب مفهوم العقار في الفرع الأول، وبيان أنواع العقارات في

الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم العقار

العقار لغة هو كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل¹.

العقار هو الشيء الثابت المستقر بحيزه بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف².

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني بأنه "كل شيء مستقر

بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول³."

يستخلص من هذه الفقرة أن العقار شيء ثابت أصلاً، وأنه غير قابل للنقل من مكان إلى آخر

دون تلف، فإن الفيصل في التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الأشياء نفسها،

وأول شيء يصدق على هذا التعريف هو الأرض بل الأصل في العقار هو الأرض نفسها،

فهي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر، مع الملاحظة أنه يمكن نقل أجزاء من

الأرض دون أن تتلف مثل نقل بعض صخورها، لكن هذا لا يمكن تسميته نقلاً للأرض، بل

لبعض أجزائها والتقنين الجزائري يعرض ثلاثة أنواع من العقار، العقار بطبيعته والعقار

تبعاً لموضوعه والعقار بالتخصيص⁴، وهذا ما سيتم بيانه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: أنواع العقار

سبق القول أن العقار ثلاثة أنواع: الأول هو العقارات بطبيعتها، والثاني هو العقارات

تبعاً لموضوعها والثالث هو العقارات بالتخصيص.

أولاً : العقار بطبيعته.

¹ حمد بن محمد بن علي المقرري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية بيروت- لبنان- ص421.

² خوادجية سميجة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية

الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة- الجزائر- 2007-2008، ص04.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص05.

⁴ عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة - الجزائر -

2008/2007، ص18.

وهو الشيء المادي الذي يكون له بالنظر على كيانه موقع ثابت غير متقلّ ويدخل في هذا الأرض، التي هي أصل العقار وما يتصل بها ويرتبط بها على وجه الاستقرار من مباني ونباتات وأشجار، وهذا ما حددته المادة 683 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري حيث اشترطت في العقار الثبات والاستقرار، وعدم إمكانية النقل دون تلف، فالعقار بطبيعته ثلاثة أنواع هي 2الأرض النبات، والمنشآت¹.

1- الأرض : هي عقار أصيل، وتشمل سطحها وطبقاتها، سواء كانت أرض خصبة أو جرداء، واقعة في التلال أو في الصحاري، فكلّ ما يشمل مسمى الأرض فهو عقار بطبيعته، فتخرج الكنوز المدفونة بها والمخبأة في جوفها عن مسمى العقار وإذا استخرت منها المعادن وغيرها من المواد أصبحت منقولاً لعقاراً.

2- النبات : فهو كذلك عقاراً، ما كان متصلاً اتصالاً مباشراً، حيث يخرج عن مسمى العقار النباتات الموضوعية في أصاص أو أواني، فإن النبات هو كلّ ما تنبته الأرض من ثمار، ومحصول زراعي وكلّ ما يغرس فيها من أشجار ونخيل، ما دامت جذوره ممتدة في باطن الأرض، فهو عقار².

3- المنشآت:

هي جميع المباني والمنشآت البنائية المقامة على سطح الأرض أو تحتها كالعمارات والمنازل والمصانع والجسور والأنفاق والآبار، والأعمدة، فهذه الأصناف كلّها عقارات ما كانت مندمجة في الأرض ومتصلة بها³.

ثانياً: العقار تبعاً لموضوعه.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - حق الملكية- المرجع السابق 2 ص20.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 22.

³ عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص18.

النوع الثاني من العقار بحسب موضوعه¹، مؤدى هذا النوع من العقارات هو ورود جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية عقارا إذا كان موضوعها عقارا كذلك نصت المادة 684 من القانون المدني الجزائري على الدعوى الواردة على عقار فهي تعني الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء، فهي تعتبر عقارا بحسب موضوعها إذا كانت متعلقة بعقار، وهذا ما نصت عليه المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث أوجبت شهر هذه الدعوى ومن المعلوم أن الشهر يختص به العقار².

ثالثا: العقار بالتخصيص

العقار بالتخصيص هو منقول، منح صفة العقار على سبيل المجاز، لأن هذا المنقول معد لخدمة العقار أو مرصودا لاستغلاله أو مخصص له.

وقد نصت على هذا النوع من العقار الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني الجزائري بقولها: " .. غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص.

فالعقارات بالتخصيص حسب هذه المادة، منقولات بحسب طبيعتها، ومع ذلك عدها المشرع عقارات بالتخصيص، لأنها مخصصة بخدمة عقار بطبيعته، فهي إذن تستثنى من معيار التفرقة بين المنقول والعقار القائم على طبيعة الأشياء.

ومن خلال الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني الجزائري نستشف شروط العقار بالتخصيص كالآتي

- أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول.

¹ عرفت المادة 684 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 الصادرة 30/09/1975 ي: " تعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على العقار".

² زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المنازل العقارية، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2006، ص 229، 230.

يستنتج من هذا الشرط أن المنقول الذي يوضع لخدمة العقار يجب أن يكون ملك لصاحب العقار نفسه، دلّ على ذلك لفظة " صاحبه"، أي مالكة، وكذلك عبارة في " عقار يملكه " جمع بين الأول والثاني (صاحبه، وعقار يملكه)، وجوب أن يكون مالك العقار، هو مالك المنقول نفسه.

- أن يكون لدينا منقولا بطبيعته، وعقارا بطبيعته كل على حدا.
- توافر نية ورغبة المالك، في خلق رابطة بين المنقول والعق.
- أن يخصص فعلا هذا المنقول لخدمة العقار¹.

المبحث الثاني: عقد الهبة

المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة ومقوماتها

الفرع الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحا

إن مفهوم عقد الهبة يتطلب التعرض لتعريف عقد الهبة لغة واصطلاحا، ثم محاولة تعريف مفهوم عقد الهبة ومقوماتها (المطلب الأول)، ثم تحديد الأركان العامة في عقد الهبة (المطلب الثاني).

أولا : التعريف اللغوي.

الهبة لغة²:هي العطية الخالية من الأعاوض والأعراض. وذلك لقوله تعالى: **لِلّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ٤٩ ٣**

¹ فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة (3) الجزائر-1 ،كلية الحقوق،(2010-2011 ،)ص46

² فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.ص 5.

³ سورة الشورى : الآية 49.

وهي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له فتقول وهب لك الشيء يهبه¹ وهبا ، والهبة قد تكون مالا وقد تكون غير ذلك² ومن ذلك قوله تعالى: قَالَ إِنَّمَا أَنَا رَسُولُ رَبِّكِ لِأَهَبَ لَكِ غُلْمًا زَكِيًّا³ ٩١ ٣١
ويطلق لفظ الهبة على الصدقة إذا كان يقصد به وجه إلهه، وعلى هبة التودد والمحبة⁴ إذا كان يقصد بها وجه المخلوق، وعلى هبة الثواب إذا كانت الهبة بعوض.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد الهبة.

انتقال الهبة من معناه اللغوي إلى معناه الاصطلاحي ما هو إلا نقل من الاسم إن العام إلى الخاص، لأن الهبة بالمعناه الاصطلاحي لا تكون إلا في المال، ولقد تعددت تعاريف الهبة الاصطلاحية، لكن باستقراء هذه التعاريف نجد ما هي إلا اختلافات من الناحية اللفظية لا أكثر وأما المعنى فهو واحد، ومن أبرز هذه التعاريف (الهبة تبرع من شخص راشد بما يملك من مال ويملكه لغيره في الحياة بغير عوض)، ويمكن تعريفها أيضا بأنها (تمليك مال لآخر بلا عوض)⁵.

الفرع الثاني: مقومات عقد الهبة

أولاً: الهبة عقد بين الأحياء

وانطلاقاً من هذه الخاصية المتمثلة في وجوب وقوع الهبة ما بين الأحياء فلا بد فيه من إيجاب و قبول متطابقين مل باقي العقود، إيجاب من الواهب بدافع من إرادته المنفردة وقبول من الموهوب له بإرادته قابلة، ويعني هذا ضرورة توفر رضا الطرفين، وهذا ما

¹ سليخ البشير، "الهبة وأحكامها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016، ص 2.

² قعباش فارس، "الهبة في العقار" مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016، ص 8.

³ سورة مريم: الآية 19.

⁴ محمد بن أحمد تقي، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، فهرسة مكتبة الملك، الرياض، 2000، ص 7.

⁵ ندى عرار ونهاد طابوش، "هبة العقار في التشريع الجزائري"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية، قسم العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، ص 10.

نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري وهو يتوافق لما جاء في الفقه الإسلامي، الذي ورد فيه <<أما الهبة فلا بد فيها إيجاب و قبول عند الجميع >> ما دامت أن الهبة لا تنعقد إلا ما بين الأحياء، فإن أثر التصرف بها لا يمتد إلى ما بعد الموت، كالهبة التي يعرفها القانون الروماني ولا يعرفها القانون الجزائري ولا المصري، فلا يجوز في هذين القانونين أن يعقد الواهب هبة أو أن يرجى في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد الموت، فلا يمكن أن يحدث ذلك إلا عن طريق الوصية التي يجوز له الرجوع فيها، وذلك عندما يخشى الواهب ملكية المال الموهوب ففي حالة ما إذا توفي الواهب فسخت الحية من تلقاء نفسها¹.

ثانياً: الهبة تصرف في مال بلا عوض

أما في عقود التبرع الأخرى مثل العارية الوديعة بغير أجر، والتبرع بأداء خدمة أو عمل آخر، فالمتبرع يلتزم بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا لا يكون في الهبة، وإن كان تبرعا بينما الواهب يلتزم بنقل كل ممتلكات أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير دون العوض، وكذا الحية تشترك مع سائر عقود التبرع في أكما تجعل الموهوب له يثرى دون عوض وأنها تقترب بنية التبرع، إلا أنها تنفرد بخاصية تتمثل في أنها من أعمال التصرف².

والواهب يلتزم ينقل حق عيني إلى الموهوب له وأن يلتزم له بحق شخصي بإعطاء، وهذه الهبة المباشرة هي التي تسري عليها أحكام الهبة فيشترط فيها الشكلية وتستوجب أهلية التبرع، ويجوز الرجوع فيها إلا في الأحوال معينة هذه الأحكام هي الشكلية وهو حكم تنفرد به الهبة المباشرة³.

¹ الدكتور أكرم أمين الحواري العقود المدنية (الصلح، اخبية، الوكالة)، مصر، مطبعة النهضة، ص 84.

² الدكتور محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 16.

³ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص 9.

ثالثاً: نية التبرع:

الأصل في الهبة أنها عقد تبرع، لأن من مقوماتها الأساسية وجوب توفر نية التبرع، ولهذا فإن التصرف في المال بدون عوض يستلزم وجود عوض، يستلزم وجود نية التبرع لدى الواهب وقت إبرام هذا العقد، فإذا انتفت هذه النية انتفت الهبة معها، ولما كانت الحياة تبرعا فقد اشترط فيها الشكلية، كما اشترط فيها أيضاً أهلية خاصة، وخفف فيها ضمان الاستحقاق والعيب... إلخ¹.

وباعتبار أن التصرف هبة يجب أن يتوفر فيه عنصران هما العنصر المادي والعنصر المعنوي وقصد التبرع مسألة نفسية فالعبرة فيها بما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع، فهل قصد بالتبرع تضحية من جانبه دون أن يقصد به المنفعة فتتوفر نية التبرع حتى ولو فيما يعد منفعة لم تدخل في حسابه أو قصد من وراء تبرعه منفعة تعود إليه، فتنتمي نية التبرع حتى ولو تخلفت هذه المنفعة، وقد يكون ما يقصده المتبرع من منفعة نتيجة وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال في تطابق العقد، وغلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة وليس بنية التبرع ويكون أيضاً فيما يوزعه التجار على عملائهم من بضائع ونماذج بقصد الإعلان وكذلك الحال في أغلب عروض المساهمة في تنفيذ المرافق العامة، إذ يقدم بعض الأشخاص إلى الإدارة قطعة أرض أو مبلغاً من المال لإنشاء طريق أو خذ حديدي يزيد من قيمة ممتلكاتهم بعد تمام إنشائه².

رابعاً: الهبة عقد شكلي

عقد الهبة مثله مثل العقود الأخرى لا يجب أن يتوفر فيه التراضي فقط بل يجب أن ينصب في قالب معين هذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة، ذلك بتحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق وزيادة على أن ذلك تسليم العين الموهوبة

¹ الدكتور محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 30.

² الدكتور أكرم أمين الحولي، المرجع السابق، ص 80.

إلى الموهوب له أي انتقالها إلى حيازته، والشكلية أي الرسمية هي ركن أساسي في عقد الحبة المنصب على العقار، أما فيما يخص عقد الهبة المتصب على المنقول فهو يخضع لإجراءات خاصة إلى جانب الحيازة والرضا ويشترط فيه الشكلية إذ أن الحيازة هي الركن الأساسي في هبة المنقول لابد من توفرها.

ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين لا يطالبون لانعقاد الهبة أن تحرر ورقة رسمية و بناءا على ذلك يخالفون القوانين الحديثة، وذلك لا يعني أن يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع ما دامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك، لأن في تصرفاتهم خطرا كبيرا على مصالحهم ومصالح ورثتهم، خاصة وأن مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي منّي وأين المصلحة فثم شرع الله بالإضافة إلى أن لولي الأمر أن ينظم الأعمال بطريقة تحفظ حقوق الناس وترعى مصالحهم، ونظرا إلى تصرف الواهب خطير يتجرد به من ماله دون مقابل، وضار في نس الوقت به وورثته من بعده فقد فرض المشرع هذه الشكلية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف فهل يمضي فيه أو ينثن عنه ¹.

المطلب الثاني: الأركان العامة في عقد الهبة

لما كان عقد الهبة من العقود الرضائية التي إستلزم فيها المشرع ضرورة توافر أركانها و شروطا حتى تحدث أثرها القانوني، وقد إستوجب من جهة أخرى أن يخضع هذا العقد، إلى الرسمية و الشكلية القانونية إنعقاده و في حالة عدم توفر إحدى هذه الأركان و الشروط، قد يصبح العقد باطل بطلانا مطلقا أو يكون قابال للإبطال، و أركان عقد الهبة هي الت ارضي و المحل و السبب كأركان عامة و الشكلية كركن في عقد الهبة.

الفرع الأول: التراضي في عقد الهبة

يفترض عقد الهبة أن يكون رضا الطرفين صحيحا وموجودا، وقت التعاقد لصحة العقد و إنتاج الإثار القانونية التي نص عليها القانون ، ويجب بجانب ذلك أن يكون رضا

¹ الدكتور محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 37.

أحد طرفي العقد¹ مطابقا لرضا الآخر تمام المطابقة وهو ما يسمى بتوافق الإيجاب و القبول، في عقد الهبة شروط إنعقاد متمثلة في تطابق الإيجاب و القبول و شروط صحة و تتمثل في الأهلية. الهبة عقد إستلزم المشرع إنعقاده توافر ركن التراضي ، فإذا إنعدم هذا التراضي بين المتعاقدين كانت الهبة باطلة. ويقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين أي الواهب و الموهوب له و توافقهما و إنصرفهما² إلى إحداث أثر قانوني معين إلو هو إنشاء عقد الهبة. و التراضي تناولته جميع القوانين العربية و الغربية، حيث أنه ال يمكن أن يتم أي عقد رضائي ما لم تتوفر فيه شروط الإنعقاد و شروط الصحة.

1- شروط الإنعقاد:

تنعقد الهبة بإيجاب و قبول متطابقين صادرين من الواهب و الموهوب له، وهذا ما يسمى بالإنعقاد من حيث الموضوع، أما الشكل فهو الآخر له أهمية بالغة وهي ال تنعقد إلا إذا إستوفت شروط شكلية معينة.

2- تطابق الإيجاب و القبول:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد إعتد أري جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية و، فنص صراحة في المادة 206 من قانون إعتبر الإيجاب و القبول ركنان من أركان الهبة³ الأسرة الجزائري على أنه (تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول وتتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الاجراءات الخاصة بالمنقولات، و إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة⁴).

يستفاد من هذه المادة أنه ال بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تنعقد، و السبب في ذلك أن الهبة عقد و ليست تصرفا بالارادة المنفردة كالوصية فهي و إن كانت تبرعا إلا أنها

¹ نورة منصوري، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 2
² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في النظر التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية الوقف)، دار هومة ، الجزائر، ص 32
³ شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 33.
⁴ المادة 206، مرجع سابق، ص43.

تنتقل عنق الموهوب له بالجميل و تفرض عليه إستشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها كما أن ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم يقبلها¹.

ويتحقق الإيجاب في الهبة بتعبير يصدر من الواهب بقصد تمليك الموهوب له شيئاً يملكه في الحال و بغير عوض، فال يشترط فيه ألفاظ معينة إذ يكون بكل ما يدل عليه، كأن يقول الشخص: (وهبتك كذا، ملكتك، جعلته لك)، و قد يتصل الإيجاب بقريضة كذكر الوقت، أو الشرط أو المنفعة فال تكون الهبة عندئذ إلابالنية².

أما القبول بصفة عامة هو تعبير يصدر ممن وجه إليه الإيجاب أي الموهوب له فيوافق على الأمر الذي عرض عليه.

والقبول في عقد الهبة يتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموهوب له: "قبلت أو أخذت، أو رضيت" أو يتم بصدور ت صرف من الموهوب له يدل عليه كقبضه الشيء الموهوب أو يتم بالإشارة في حالة عدم القدرة على النطق و على الكتابة بشرط أن تكون الإشارة مفهومة دالة على القبول، كما يعتبر سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب قبولاً إذا تمخضت الهبة لمنفعته ما لم تكن بعوض³.

3- شروط صحة التراضي:

أما شروط صحة التراضي في عقد الهبة هي ذاتها شروط الصحة في سائر العقود، و أجمع الفقهاء على القول بأن شروط صحة التراضي إما أن ترجع إلى الهبة و إما أن تكون الإرادة خالية من العيوب التي تشوب الرضا.

أ- الأهلية في عقد الهبة:

يمكن تعريف الأهلية لغة: يقال هو أهل لكذا: مستوجب وأله لذلك تأهيال، رآه له و إستأهله: إستوجبه.

¹ ص عبد الر ازق السنهوري، مرجع سابق، 29.

² بدران أو العينين بدران، المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة و القانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1970 ، ص221.

³

أما إصطلاحاً: هي مباشرة حقوق الشخص دون وسيط و الأهلية هي صالح الشخص لكسب الحقوق، والتحمل بإلتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن تترتب له هذا الأمر أو ذلك، و الأهلية مناطها التمييز، لأن نقص تمييزه لا تصدر إلعن تمييزاً ومتى كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية.

كما تعتبر الأهلية شرط أساسي في صحة عقد الهبة لذلك يستلزم القانون توافر الأهلية في كل من الواهب و الموهوب له.

بالرجوع إلى نصوص أحكام قانون الأسرة و القانون المدني يجب في هذا الصدد أن نميز بين أهلية الواهب و أهلية الموهوب له.

• أهلية الواهب:

إن الحديث عن الأهلية اللازمة لإبرام عقد الهبة يسوقنا مباشرة إلى الحديث عن أهلية الواهب ذلك أن المشرع لم يشأ أن يسوي بين أهلية الواجب و الموهوب، فإنه يتشدد في أهلية الواهب و يتطلب فيها أهلية التبرع (التصرف)، بينما إكتفى بالنسبة إلى الموهوب به بأهله التمييز فقط لأنها نافعة محضاً، بخالف الواهب فإنها ضارة له ضرراً محضاً و بذلك فإن مناط هذه الأهلية (التبرع) هو الكمال و الرشيد أو العقل و البلوغ، و المعرفة لما هو مقدم عليه من تصرفات و لما كان الشخص الواهب يمر بمراحل مختلفة بالنسبة لأهلية الأداء كما أن لكل مرحلة من هذه المراحل أحكامها الخاصة، ولما كان ذلك له صلة بعقد الهبة من الأهمية بمكان و جب أن نتكلم عن كل هذه المراحل¹.

- المرحلة الأولى

هذه المرحلة تبدأ مع والدة الإنسان وبلوغه سن التمييز من السادسة فيعتبر في هذه المرحلة صبياً غير مميز، و يلحق به المجنون و المحجور عليه و المعتوه، و حكم هذه

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 26

المرحلة أن الشخص عديم الأهلية ال يجوز له مباشرة التصرفات القانونية أيا كان نوعها، بالإضافة إلى ذلك فإن هبته هبة باطلة و ذلك إذا صدرت الهبة بعد تسجيل قرار الحجز، وتعتبر الهبة في هذه الحالة باطلة فالعبرة بحالة الجنون أو عدمها وقت التصرف.

وقد صدر قرار المحكمة العليا بإعتبارها الهيئة الوحيدة لمراقبة تطبيق القانون بتاريخ: 1984/10/22 في حكم صحة الهبة حسب الحالة الواهب وقت التصرف ونص القرار (الإدعاء بعدم تمتع الواهب بقواه العقلية وقت التصرف، وجوب البت في الدفع بإثباته أو نفيه¹)، فيتضح من خلال هذا القرار أن العبرة بحالة الشخص العقلية تكون وقت التصرف و ليس بعده.

- المرحلة الثانية ناقص الأهلية:

ويقصد بهذه الأهلية مرحلة التمييز حتى البلوغ وهي من سن السابعة حتى سن السابعة حتى سن الرشد القانوني وهي صالحة الشخص لصدور بعض الأفعال منه دون بعض، وحكم الشخص في هذه المرحلة هو تمتعه بأهلية أداء ناقصة ال تمكنه من مباشرة كل التصرفات القانونية، فال يستطيع التبرع بماله، فهبة الصبي المميز تقع باطلة بطالنا مطلقا، لأنها ضارة ضررا محضا أما التصرف التي تدور بين النفع و الضرر كالإيجار و البيع فتجوز له مباشرتها، و لكنها تتوقف على إجازة الولي أو الوصي .

أما السفية وذو الغفلة فإنهما يندرجان في حكم ناقص الأهلية و أنهما من الفئات التي حماها المشرع لا سيما في القانون المدني. فالمقصود بالسفيه هو الشخص الذي ينفق أمواله على غير مقتضي العقل و الحكمة و الشرع، أما ذو الغفلة فيقصد به من ال يحذف أنواع التصرفات و لا ينتبه إلى ما يلحقه فيها من نفع أو ضرر فهؤلاء حتى و إن كانا بالغين سن الرشد إلا أنهما يلحقان بناقصي الأهلية نظرا لحالتهم و يخضعان

¹ القرار الصادر بتاريخ: 22 / 10 / 1984 ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، سنة 1989 ، ص 65.

لأحكام الحجر، و أن الهبات الصادرة عنهما قبل صدور قرار الحجر عليهما، (تعتبر صحيحة أما بعد صدور القرار فتقع باطلة غير نافذة).

- المرحلة الثالثة كامل الأهلية:

يعتبر كامل الأهلية حسب القانون في مادته 40 و المادة 203 من قانون الأسرة، كامل الأهلية كل شخص بالغ سن التاسع عشر 19 و لم يحجر عليه، حيث يجوز له مباشرة كل التصرفات القانونية سواء كانت نافعة أو ضارة، أو كانت دائرة بين النفع و الضرر و بذلك فإن كامل الأهلية تقع عبارته صحيحة و نافذة و تصرفه ملزما.

وهناك جملة من الشروط تتعلق بالواهب هي:

- أن يكون بالغاً ارشداً فال تصح هبة الصغير.
- أن يكون عاقل غير محجور عليه و بالتالي فال تصح هبة المجنون و المحجور عليه.
- أن يكون مالكا للشيء الموهوب، فال تصح هبة ما ليس مملوك للمتصرف.¹

• أهلية الموهوب له:

المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على أهلية الموهوب له، ما عدا نص المادة 203 و التي تتعلق بأهلية الواهب، و مادام أن المشرع لم يشترط في الموهوب له أهلية التعاقد بل يكفي أهلية التصرف، و بذلك نجد أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة قد خفف من أهلية الموهوب له، و لذلك فإن الشروط التي يجب توافرها في أهلية الموهوب له هي شرطان:

- أن يكون له أهلية التملك لما يوهب له، فال تصح الهبة للحيوان و الجماد و ما شابه مما ليس هو أهال للتملك، كالرقيق فإن أطلق له الهبة فهي لسيدته لعدم أهليته للتملك

¹ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ص 394

أما المحجور عليه فتصح له الهبة والذي يقبل عنه ووليّه، فإن لم يكن له ولي قبل عنه الحاكم.

- أن يكون موجودا وجودا حقيقيا وقت الهبة فإن كان معدوما أو موجودا وجودا حكما، كالحمل المستكن لم تصح الهبة، لأن القبول وهو ركن الهبة ال يتحقق فيهما.¹
- أ- خلو الرضا من عيوب الإرادة:

إن عيوب الإرادة في عقد الهبة هي نفس العيوب المذكورة في أي عقد آخر، فكما تعيب إرادة العاقد تعيب أيضا إرادة العاقد بوجه خاص بعيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال. لذلك سنتطرق إلى شرح كل عيب من هذه العيوب حسب ما تقتضيه عقد الهبة و هي كما يلي :

- الغلط في عقد الهبة: يشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب و يجعل العقد قابل للابطال أن يكون جوهريا. ويقع الواهب في غلط جوهرى إما في الشيء و إما في شخص الموهوب له، و إما

في القيمة أو الباعث. ومثال الغلط في الشيء الموهوب، أن يهب شخص آخر قطعة أرض على أساس أنها معدة للبناء ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض فالحية. ومثال الغلط الجوهرى في الشخص الموهوب له أن يهب شخص آخر معتقدا أنه محمد فإن هو أحمد، كان هنالك غلط في شخصية الموهوب له، يجعل الهبة قابلة للابطال لكن قد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط، كما إذا وهب له، وهو يعتقد أن هناك عالقة قرابة بينهما ثم ظهر أنه القرابة بينهما.²

ومثال الغلط الجوهرى في قيمة المال الموهوب أن يهب شخصا آخر أسهما وهو يجعل أن سهمها منها قد ربح جائزة كبيرة. ومثال الغلط الجوهرى في الباعث، أن يهب شخص

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 57
² عبد الرزق أحمد السنهوري، مرجع سابق، 108.

آخر مالا وهو مريض و يعتقد أنه مرض الموت ثم يشفي من مرضه، فيجوز له إبطال الهبة للغلط في الباعث. والغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل قابلة للإبطال لمصلحة الواهب، وفقا للقواعد المقررة في نظرية العقد.

• التليس في عقد الهبة:

وهو ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني بحيث يجوز طلب إبطال العقد للتليس، "يجوز إبطال العقد للتليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة لولاها لما أبرم العقد من الطرف الثاني".¹ فالتليس هو طريق من الطرق الاحتيالية التي يكون من شأنها أن تخدع الواهب وتدفعه إلى التبرع بماله، يكفي لافساد رضائه حتى ولو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو مجرد الكتمان.²

• الإكراه في عقد الهبة:

الإكراه عيب ثالث في الإرادة، يجعل الواهب يبرم العقد تحت سلطان الرهبة و الخوف. وأكثر ما يكون الإكراه عن طريق التأثير في نفسية الواهب، بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه فيؤثر في إرادته و يحمله على التبرع بما له لمصلحته ويقع هذا كثيرا من الزوج لزوجته أو من الرئيس على المرووس.

• الاستغلال في عقد الهبة:

يعد الاستغلال أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة فكثيرا ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشا بينا أو هوى جامحا.

ومثال ذلك أن يقوم زوج مسن بإبرام هبة لزوجته الثانية الشابة أو لأولادها منه، مما يحرم الزوجة الأولى و أبنائها منه، و يتم ذلك تحت تأثير الزوجة على زوجها المسن.

¹ المادة 86، الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26/09/1975 المتضمن لقانون المدني، ص 15
² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، 2004، ص 29

ورتب القانون للواهب في هذه الحالة دعوتين: دعوى الإبطال و دعوى الإنقاص فإذا إختار الواهب دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يستجيب لطلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن يهب أصلا لو لا هذا الإستغلاله.

أما إذا رفع دعوى الإنقاص إذا كان الإستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى حد كبير، و أن الواهب كان يهب دون إستغلال بعض المال الموهوب ، إقتصرت الإنقاص إلى هذا القدر و يجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة، فيتولى بذلك إبطال الهبة كلها، و إذا إختار الواهب دعوى الإنقاص منذ البداية فلا يجوز للقاضي أن يقضي بإبطال الهبة و إلا إعتبر قد فصل بأكثر مما طلب منه.

ويجب أن ترفع دعوى الإستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد إعمالا لنص المادة 90 من القانون المدني و مدة سنة سقوط لا تخضع للوقف و لا للانقطاع¹.

الفرع الثاني: المحل في عقد الهبة

المحل في عقد الهبة هو الشيء الموهوب، و هذا هو إلتزام الواهب إذ أن الأصل في الهبة أنها عقد ملزم لجانب واحد وهو الواهب إلا إذا كانت الهبة بعوض أو إلتزامات أخرى فيتوجب على الموهوب له أداؤها فحينئذ تكون الهبة ملزمة للجانبين، و هذا ما عناه المشرع في نص المادة 02/202 من قانون الأسرة على أنه " يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بإلتزام يتوقف على إنجاز هذا الشرط².

وعلى ذلك فإن موضوع الهبة قد يكون حقا ماليا كما يجوز أن يكون حقا عينيا، كما يمكن أن يكون شخصا و يسري عليه ما يفرضه القانون من ضرورة توافر شروط معينة في محل الإلتزام من حيث كونه موجودا أو قابال للوجود، و أن يكون معنيا أو قابال للتعيين و أن يكون مشروعا و أخيرا أن يكون المحل مملوكا للواهب.

¹ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص30.

² منصورى نورة، مرجع سابق، ص33

1- الشرط الأول:

أن يكون محل إلتالت ازم موجودا أو قابال للوجود، و المقصود بالوجود أن يكون الشيء محل الإلتزام موجودا وقت نشوء الإلتزام أو يمكن الوجود في المستقبل عند التنفيذ، و بالتالي فإذا كان محل إلتالت ازم يستحيل وجوده، فإن العقد يكون باطل باطلنا مطلقا بطالن ال تكون إستحالته نسبية.

2- الشرط الثاني:

أن يكون المحل معيناً أو قابال للتعين، و هذا الشرط كذلك معروف في القواعد العامة فيجب أن يكون معيناً بذاته فإن لم يكن معيناً بذاته، و جب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطل ، فيجب أن يكون الشيء الموهوب معي نا ال مجهوال، كأن يقول الواهب وهبتك شاة من قطيعي، بل البد من تحديد الشاة المقصودة، أما إذا قال له وهبتك الشاة التي تريدها صحت الهبة¹.

3- الشرط الثالث:

أن يكون المحل مشروعاً بمعنى أن يكون موافقاً للنظام العام، أو لإداب العامة و إلا يكون مخالفاً لهما، فال يجوز شرعا و قانوناً أن يكون موضوع الهبة أو محلها مخدرات أو خمر أو لحم خنزير أو غير ذلك من الأشياء التي تخرج من دائرة التعامل لحكم طبيعتها².

4- الشرط الرابع :

أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب، فإنه و الحال هذه تطبق أحكام هبة ملك الغير، فقيام الواهب بإب ارم عقد الهبة يوجب عليه أن يكون مالكا لما تصرف فيه، أما لو إشترط في مقابل هبته عقدا ملزماً للجانبين، إلا أنه يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة

¹ هشام قبالن، الوصية الواجبة في الإسلام، منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت باريس، ط1، ، 237، ص، 1981

² منصور ي نورة، المرجع السابق، ص 34

الشيء الموهوب، فلو كان هناك تعادل في قيمة العوض فإن العقد يكون معاوضة وليس تبرعا¹.

الفرع الثالث: شكل عقد الهبة في المنقول

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة المذكورة سابقا أن الهبة تتعقد بالايجاب و القبول و مراعاة الاجراءات الخاصة بالمنقولات.

يستفاد من هذه المادة أنه لا يشترط إفراغ الهبة الواردة على منقول في الشكل الرسمي- مثلما درج العمل به في العقار- بل يكفي أن تفرغ الهبة في شكل عرفي مع وجوب مراعاة الاجراءات الادارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات، فإذا إنصبت الهبة على سيارة أو جرار مثال وجب إستخراج البطاقة الرمادية لهما بإسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية إليه.

وتطبق القواعد العامة بالنسبة لنقل الملكية المنقولات على الهبات التي يكون محلها شيئا منقولاً، فإذا كان المنقول معيناً بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا عن طريق إفرازه و تسليمه للموهوب له.

و الأصل في عقد الهبة الوارد على منقول أنه عقد رائي ينعقد بتبادل إيجاب الواجب و قبول الموهوب له و يتم بالحيازة إذا كان المنقول عاديا و بإستيفاء الاجراءات الادارية التي تطلبها القانون لنقل ملكية بعض المنقولات و الحيازة إذا كان المنقول محل الهبة ذا طبيعة خاصة.

هذا و يترتب على عدم مراعاة الاجراءات الادارية الخاصة ببعض المنقولات أو عيبها بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة أو بالنتيجة يبقى المنقول محل الهبة مملوكاً للواهب يستطيع التصرف فيه كما يشاء².

¹ كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص166

² منصور ي نورة، المرجع نفسه، ص43

كما إشتطت المادة 206 قانون الاسرة الجزائري زيادة على الرسمية تسليم الشيء الموهوب أيضا و تمكينه من حيازته و يكون من نقل الملكية تاما مع كل ما ينتجه من حقوق، فلو اهب الحق في التصرف فيه من بيع أو إستغلال أو إيجار.

وإستثناء القاعدة الحيازة هو ما أدرجته المادة 208 قانون الاسرة فيما يتعلق بالهبة بين الزوجين و التي جاء نصها كالآتي:

"إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق و الاجراءات الادارية تغني عن الحيازة."

خلاصة الفصل الأول

نخلص إلى انه ونظرا للمكانة التي يحتلها العقار في المجتمع افرده المشرع الجزائري من خلال القوانين والمراسيم والأوامر وغيرها من النصوص القانونية خاصة في المعاملات التي تقع وخاصة نقل الملكية العقارية التي تتم بواسطة عقد البيع، وهذا كون أن العقار يعتبر من أحد العوامل التي تتحكم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للأمم، بمقتضى انه القاسم المشترك الواحد الذي يمثل أساس كفاءة الرصيد العقاري. ومن اجل تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية التي يكون موضوعها وتفعيلا لذلك اخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني إلا انه لم يتوصل للغاية التي ابتغاها كون الأمر 75/74 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لم ينتهي بعد لما يكلفه من مبالغ باهضة وكما هو معلوم أن نظام الشهر العيني يقوم على أساس العقار لذلك نحن انتظار انتهاء عملية المسح العام التي جاء بها الأمر 75/74 لتقدير مدى نجاعة هذا النظام الذي سعى المشرع الجزائري لتطبيقه.

الفصل الثاني

الآثار القانونية لنقل ملكية

العقار في عقد الهبة

الفصل الثاني الآثار القانونية لنقل ملكية العقار في عقد الهبة

إن قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام الهبة، يستدعي تطبيق القواعد العامة المقررة في عقد البيع على اعتبار أن عقد الهبة يتفق مع عقد البيع في أن كلاهما من عقود التصرف الملزمة لجانبين في هذا الفصل سنقوم بالتطرق إلى الآثار القانونية لنقل ملكية العقار في عقد الهبة.

المبحث الأول: التزامات الواهب

إن المشرع الجزائري لم يذكر في قانون الأسرة - على سبيل الحصر أو المثال- إي التزامات التي تقع على عاتق الواهب عكس التشريعات العربية المقارنة له، التي أفردت ذلك في مواد خاصة في قوانينها المدنية، وهذه الالتزامات التي تترتب على الهبة تنحصر في الالتزامات المفروضة على الواهب، و الالتزامات المفروضة على الموهوب له. لذلك سنتكلم في المطلب الأول على الالتزامات الواهب، أما في المطلب الثاني سنتحدث عن إلتزامات الموهوب له.

يقع على عاتق الواهب أربعة إلتزامات و هي: نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، و تسليم الشيء الموهوب للموهوب له، و ضمان التعرض و الإستحقاق، و ضمان العيوب الخفية و ذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول: نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له

لقد نصت المادة 202 من قانون الأسرة على أن " الهبة تمليك بال عوض " وهذا مما يستوجب أنه إذا كانت الهبة مستوفية لجميع أركانها و شروطها وفق ما جاءت به المادة 206 من قانون الأسرة من إيجاب و قبول ، فإنه يترتب على عاتق الواهب إلت ازم نقل الملكية للشيء الموهوب إلى الموهوب له و ذلك بالقيام بالشكلية المطلوبة قانونا في العقار و الإجراءات الخاصة و العامة للمنقول، و يتم ذلك بحيازة الشيء الموهوب من طرف

الموهوب له ليتصرف تصرف المالك للشيء و ينفذ هذا إلتزام فوار بحكم القانون في الشيء المعين بالذات الذي يملكه الواهب و يتطلب القيام بالتسجيل أن يلتزم الواهب القيام بالاعمال التمهيديّة الضرورية لنقل الملكية، كتقديم الشهادات و العقود اللزّمة للتسجيل ، و الكف عن أي عمل يعوق نقل الملكية، الموهوب له، إذا لم يكن الموهوب له قد تسلّم الشيء الموهوب التسليم الفعلي و حيازته.

ومما يترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا إلتزام حق التصرف في الموهوب، و أن يكون له ثمر الموهوب ونماؤه من وقت تمام الهبة، و تنتقل الملكية في حالة إذا أفلس الواهب بعد الهبة و جاز للموهوب له أخذ عين الموهوب و ال يزاحمه في ذلك دائنوا الواهب و تنتقل الملكية حتى في حق ورثة و الدائنين بإستثناء الواهب المعسر الذي أحاط الدين بماله إضار بدائنيه فلم الحق في الطعن في الهبة بالدعوى البوليصية .

كما إلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب تسري فيه القواعد العامة كما هو إلتزام في إلتزام (1) البائع بنقل ملكية المبيع¹.

فإذا كان الشيء الموهوب منقوال تنتقل الملكية بالحيازة حسب المادة 206 من القانون المدني الجازنري (التي تنص على : " تتعدّد الهبة بإلإيجاب و القبول و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و إلإجاراءات الخاصة في المنقولات ، و إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

ما إذا كان الشيء الموهوب عقارا فيجب إفراغ رضاء المتعاقدين الواهب و الموهوب له في شكل رسمي على يد الموثق المختص بمكتب التوثيق، الذي يتولى تلقي إلإيجاب من الواهب و القبول من الموهوب له بشأن المال الموهوب في حدود سلطته و إختصاصه ووفقا لما توجيه المادة 324 مكرر واحد من القانون المدني الجازنري) و ذلك تحت طائلة البطلان و إلا كانت الشكلية ناقصة و الهبة باطلة².

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص141

² منصور ي نورة، مرجع سابق، ص65.

المطلب الثاني: إلتزام الواهب بالتسليم.

إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم بتسليمه و تسري في ذلك إالحكام المتعلقة بتسليم المبيع (ع 3). ومن ثم على الواهب المحافظة على الشيء الموهوب إلى أن يسلم للموهوب له¹.

إن هذا الإلتزام مرفوع للإلتزام بنقل الملكية، إذ لم يكن الواهب قد سلم الشيء الموهوب فعال قبل الهبة، و من ثم فعلى الواهب المحافظة على الشيء الموهوب إلى أن يسلمه للموهوب له، وهذا ما ذكرته نص المادة (167) من القانون المدني: "الإلتزامات بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم"، فعلى الواهب أن يسعى لتسليم الشيء الموهوب وهذا بإخالء السكن إذا كان محل الشيء الموهوب دار مشغولة، و تسليم المفاتيح لتمكينه من تسليمها، وكذا تسليم كل ما يتعلق من وثائق خاصة بالعقار. و إذا كان منقول فيتطلب إجراءات خاصة، فإن الهبة ال تتعقد و ال تتم إلا بإستيفائها سواء أمان الموثق أو أمام الإدارة المختصة و تسليم الشيء المنقول إلى الموهوب له و حيازته له حيازة تامة، و أما المنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة فإن هبته تتم بالحيازة و القبض أي بالتسليم العقلي للشيء الموهوب².

المطلب الثالث: إلتزام الواهب بضمان التعرض و الإستحقاق.

يفرض هذا الإلتزام على الواهب أن يمتنع عن كل عمل من شأنه التعرض للموهوب له، كإتالف الشيء الموهوب أو التصرف فيه لمصلحة شخص آخر...إلخ. وهذا ما يخص كل تعرض صادر عنه ال لم يكن له حق الرجوع في الهبة إالحوال التي يجبرها القانون، كما أن عليه أن يضمن التعرض الصادر عن الغير، إلا أن المشرع الح ازئري لم يعالج هذا الأمر في قانون الأسرة ، فلم يبقى إلا الرجوع إلى المادة 222 من (قانون الأسرة) الذي يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن ال ضمان على

¹ فريدة هالل، الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة (3) الجزائر-1، كلية الحقوق،(2010-2011، ص46

² كبيش ليدية- آيت أوديع مريم، الرجوع إلى الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون ، مرجع سابق، ص18.

الواهب في حالة الاستحقاق) إلا إذا كان تحت شرط خاص، أو إتفاق أو كان الاستحقاق راجع إلى فعل الواهب .

كما أن الواهب يضمن للموهوب له حيازة الشيء الموهوب، حيازة هادئة ال يجوز له أن يقوم بتصرفات قانونية أو أعمال مادية تتضمن إعتداء على حقوق الموهوب له، وبالتالي فهو ملزم بضمان التعرض الصادر منه، و إن فعل ذلك فقد يفهم من تصرفه على أنه رجوعا في الهبة، و ال يضمن التعرض الصادر من الغير و هذا عمال بأحكام الشريعة أن قانون الأسرة لم ينص

على هذا الالتزام و عليه فالواهب ال يضمن للموهوب له التعرض الصادر من قبل الغير، و ال الاستحقاق المترتب عليه فإذا التحق الشيء لمالكة الحقيقي، فليس للموهوب له الذي إنتزع منه أن يرجع على الواهب، لان الموهوب له يتلقى الهبة تبرعا دون عوض، أما إذا كانت الهبة بعوض أو كان الواهب قد فرض على الموهوب له إلتزاما أو شرطا في مقابل الهبة، و في هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق و لو كان يجهل سببه و لكنه ال يكون مسؤولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، و إن كانت الهبة قد فرضت إلتزامات و شروطا على الموهوب له تحلل هذا منها، و برئت ذمته، فإذا كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق أو بعلمه و لم يتعمد إخفاءه، أما إذا كان يعلم السبب الاستحقاق و تعمد إخفاءه و لا يقتصر التعويض على إسترداد العوض أو التحلل من الإلتزامات و الشروط.

المبحث الثاني: إلتزامات الموهوب له.

الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له، و ذلك باعتبار أن لا يجمع الواهب بين التجرد من ماله من دون مقابل و بين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة، و نفقات التسليم و ذلك تفسير للهبة في أضيق حدودها، و لكن يجوز الإتفاق على أن تكون النفقات على الواهب، و لكن الغالب في الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضا أن يتحمل هذه النفقات حتى يتقل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصا من كل التكاليف ومن أية نفقة، و لذلك يجوز أن يتحمل الواهب مصروفات العقد¹.

المطلب الأول: الإلتزام بأداء العوض.

يكون الإلتزام بأداء العوض في الهبة، حيث يشترط على الواهب أن يلتزم بتقديم عوض مقابل المال الموهوب، ومثال ذلك ما يستفاد من نص المادة 202 من (قانون الأسرة الجزائري) أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له لهذا الشرط، و قد يكون العوض المشترط لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة على أن يكون العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة².

أما إذا كانت قيمة العوض تقرب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليها و يعلم الموهوب ذلك فإن العقد يكون معاوضة لا هبة، أما إذا كان الموهوب له لا يعلم ذلك فإنه يستطيع أن يطلب إبطال الهبة لغلط جوهرى، وهو على أي حال ما دام قبل التعاقد على أن الهبة لا يكون ملزما بأن يؤدي من العوض إلا بمقدار قيمة المال الموهوب.

وقد يشترط الواهب مقابلا هو أن يفي الموهوب له بديونه، فإذا أطلق دون أن يعين

هذه الديون فالمفروض أنه أراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة.

¹ البشير سليخ، مرجع سابق، ص 101

² كمال حمدي، الموارد و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 35.

المطلب الثاني: الالتزام بنفقات الهبة.

ويقصد بها كل ما يدخل من مصروفات العقد من مصاريف و رسوم ضريبية و التسجيل و نفقات الموثق، وكذلك كل ما يصرف في تسليم الموهوب و نقله ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك و كان يتفق على أن تكون هذه النفقات على عاتق الواهب، و مما يلاحظ بان قانون الأسرة لم يعالج الالتزام فتطبق عليه القواعد العامة قياسا على البيع و كونها مسألة إجرائية¹. فالأصل أن نفقات الهبة من مصروفات العقد و تسليم الشيء الموهوب و نقله على الموهوب اله، حتى لا يجمع الواهب بين تقديم ماله دون مقابل و بين تحمل هذه المصروفات و لكن مع ذلك إذا أراد الواهب أن يتحمل كذلك هذه النفقات و المصروفات، فيجوز الإتفاق بين الواهب و المصروفات تسليم الموهوب و نقله و هذا الإتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف العقد².

¹ البشير سليخ، مرجع نفسه، ص 101
² هدى داودي، المرجع السابق، ص 38.

المبحث الثالث: الرجوع عن الهبة في العقار والآثار الناجمة عنه

إن تحديد مفهوم الرجوع في عقد الهبة يتطلب التعرض لتعريفه و لطبيعته القانونية، ثم لكيفية الرجوع فيه و حكمه أخيرا الآثار المترتبة عن الرجوع في عقد الهبة.
المطلب الأول: الرجوع عن الهبة في العقار وطرقه.

للوصول لمعنى الرجوع عن عقد الهبة، وللإمام بجميع معاني هذه الكلمة (الرجوع) و لتكوين فكرة دقيقة وواضحة عن ما تشير إليه و للانطلاق إنطلاقة صحيحة في دراستنا هذه تم تقسيم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: الرجوع عن الهبة في العقار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

للقوف على تعريف الرجوع في عقد الهبة، و جب علينا أن نقوم بتعريف الرجوع في الفقه و القانون موضحين صور هذا الأخير و حكمه بالنسبة للقانون.
أولاً: تعريف الرجوع لغة.

وللبحث عن مفهوم الرجوع من الناحية الفقهية و القانونية جعلنا أمام عدة تعاريف للرجوع حصراً لها ، إذا لم يضع الفقهاء تعريفاً محدداً و شاملاً ودقيقاً للرجوع في الهبة ، وسنحاول ذكر بعض من هذه التعاريف على سبيل المثال.
معنى الرجوع لغة نجد أن له معانٍ عديدة ومفردات كثيرة ومتقاربة و منها الرد و العود و النقص فيقال : (رجعت الكلام وغيره بمعنى رددته) و رجع في الشيء عاد فيه و من ثم يقال رجع في هيبته أي أعادها إلى مالكه¹.

كما يطلق لفظ الرجوع في اللغة على معاني منها: الإنصراف، الترك... إلخ.

فيأتي الرجوع بمعنى الإنصراف إذ يقال: رجع، يرجع، رجعا، ورجوعاً إذا إنصرف

حيث جاء في القرآن الكريم: "إن إلى ربك الرجعي"²

ويأتي الرجوع أيضاً بمعنى الترك فيقال: رجع عن الشيء أي تركه³.

¹ منصورى قورة، هبة العقار في التشريع ، مرجع سابق، ص82

² سورة العلق، الآية 8.

³ شيخ نسيمه، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 63.

كما يستعمل اللغويون مصطلح الرجوع للدلالة على معاني متعددة و متقاربة منها الرد، و العود و النقض و الإنصراف و الترك ، فيقال رجع، يرجع ، رجعا و رجوع و رجعى و إنصرف ورجع الشيء و إليه، صرفه و رده و إسترجع منه الشيء أخذ منه ما دفع منه و راجعه الكلام : عاوده¹.

يقول بن فارس : رجع أصل كبير ، مطرد، منقاس، يدل رد و تكرار و تقول رجع ،يرجع ، رجوعا : إذا عاد. و من هنا قيل رجع في هبته إذا أعادها إلى ملكه.

وقد يستعمل الرد و الرجوع بمعنى واحد، فيقال لكل من المعير و المستعير، و العارية متى شاء، و يقول أبو البقاء الكفوي : " الرجوع العود إلى ما كان عليه وإلى حال الفقر و الغني ورجع إلى الصحة أو المرض أو غيره من الصفات، و رجع عن الشيء : تركه".

وقد جاء في القاموس المحيط، رجع ، يرجع رجوعا، و مرجعا من معاينها: عود المطلق إلى مطلقته و الراجع: المرأة يموت زوجها فترجع إلى أهلها، و رجع الله تعالى بيعته أربحتها، و سفرة مرجعة: لها ثواب و عاقبة حسنة². و يقال رجع بنفسه يرجع رجوعا و مرجعا، كمنزل ، و مرجعة و الرجوع: العود إلى ما كان منه البدء أو تقدير البدء مكانا أو فعلا أو قولاً، و بذاته كان رجوعه أو جزء من أجزائه، أو بفعل من أفعاله، فالرجوع: العود ، و الرجع: الإعادة، قلت : أي رجع كان: لازما أو واقعا³.

ورجع الشيء عن الشيء و إليه: صرفه، و رده و استرجع منه الشيء، أخذ منه ما دفعه إليه، و راجعه الكلام عاوده⁴.

وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: "إن إلى ربك الرجعي"⁵. وكذا قوله تعالى :

" إلى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون..⁶"

¹ بن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجبل ، بيروت ، ط1، 1988، ص 1129.

² امجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط مؤسسة الرسالة ناشرون ، ط3 دمشق، 2009 ص 720

³ الزبيدي محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، مطبعة حكومة الكويت، 1984، ج 21، صص 64 65.

⁴ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة، دار الجبل لبنان، ط1 ، 1991، ص 490

⁵ سورة العلق، الآية 08.

⁶ سورة الأنعام، الآية 164.

و الملاحظ على هذه المعاني المذكورة حتى و إن كانت متقاربة إلى حد كبير إلا أنني أرى أن الرجوع بمعنى الرد هو الأقرب إلى المعنى المراد بحثه إذا أن الراجع عن عقده يعود برجوعه هذا إلى ما كانت عليه الحال قبل العقد.

ثانياً: تعريف الرجوع في الهبة إصطلاحاً

إجتهد الفقه في وضع تعاريف متعددة للرجوع عن الهبة ، فقد عرفه محمود لطفي بالقول: " ينصرف الرجوع في عقد الهبة إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً".

كما عرف "أكثم حمد الله تفاحة" الرجوع في العقد بصفة عامة بقوله: "رد العقد القابل لذلك و العودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة" ،وقد شرح هذا التعريف على النحو التالي تقوله: "رد" منع الشيء و صرفه و إرجاعه، وهو ينصرف إلى أي رد سواء تعلق الأمر برد العقد أو غيره، و إنما أضيف إلى العقد في التعريف لإخراج الرد في التصرفات غير العقدية كالإقرار بالدعوى.

وعبارة " العقد القابل لذلك " أي العقود غير القابلة للرجوع، كالعقد اللزم الذي ليس به مسوغ شرعي من خيار أو عيب ، أما قوله " والعودة إلى حال ما قبل العقد " للدلالة على أثر الرجوع المتمثل في إعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، و قوله " وفق شروط مخصوصة" فإنه يقصد بها أن يشترط توافر شروط معينة كالأهلية و عدم هلاك أو إستهلاك محل العقد، و التعريف على النحو المتقدم يشمل الرجوع في العقود اللازمة كالرهن و البيع إذا خلا من الخيار و العيب و العقود غير اللازمة (الجائزة) كالوكالة و الهبة.

كما عرف جمال الدين طه العاقل الرجوع في الهبة بقوله : " عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية إرتجاعها و إستردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط مخصوصة".

ثالثا : إبطال الهبة لغلط جوهرى

وهو على أي حال ما دام قبل التعاقد على أن الهبة لا يكون ملزما بأن يؤدي من العوض إلا بمقدار قيمة المال الموهوب. وقد يشترط الواهب مقابلا هو أن يفى الموهوب له بديونه، فإذا أطلق دون أن يعين هذه الديون فالمفروض أنه أراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة.

الفرع الثاني: الالتزام بنفقات الهبة.

ويقصد بها كل ما يدخل من مصروفات العقد من مصاريف و رسوم ضريبية و التسجيل و نفقات الموثق، وكذلك كل ما يصرف في تسليم الموهوب ونقله ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك وكان يتفق على أن تكون هذه النفقات على عاتق الواهب، ومما يلاحظ بان قانون الأسرة لم يعالج الالتزام عليه القواعد العامة قياسا على البيع وكونها مسألة إجرائية¹. فالأصل أن نفقات الهبة من مصروفات العقد و تسليم الشيء الموهوب و نقله على الموهوب اله، حتى لا يجمع الواهب بين تقديم ماله دون مقابل و بين تحمل هذه المصروفات و لكن مع ذلك إذا أراد الواهب أن يتحمل كذلك هذه النفقات و المصروفات، فيجوز الإتفاق بين الواهب و المصروفات تسليم الموهوب و نقله و هذا الإتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف العقد².

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة في العقار

إن تحديد مفهوم الرجوع في عقد الهبة يتطلب التعرض لتعريفه و لطبيعته القانونية، ثم الكيفية الرجوع فيه و حكمه أخيرا الآثار المترتبة عن الرجوع في عقد الهبة.

الفرع الأول: آثار الرجوع عن الهبة في العقار في التشريع الجزائري

للقوقف على تعريف الرجوع في عقد الهبة، و يجب علينا أن نقوم بتعريف الرجوع في الفقه و القانون موضحين صور هذا الأخير و حكمه بالنسبة للقانون. أولا: تعريف الرجوع

¹ البشير سليخ ، مرجع سابق، ص102.

² هذي داودي، مرجع سابق، ص 38

لغة. وللبحث عن مفهوم الرجوع من الناحية الفقهية و القانونية جعلنا أمام عدة تعاريف للرجوع حصرا لها ، إذا لم يضع الفقهاء تعريفا محددًا و شاملا ودقيقا للرجوع في الهبة ، وسنحاول ذكر بعض من هذه التعاريف على سبيل المثال. معنى الرجوع لغة نجد أن له معان عديدة ومفردات كثيرة ومتقاربة و منها الرد و العود و النقص فيقال : (رجعت الكلام وغيره بمعنى رددته) و رجع في الشيء عاد فيه و من ثم يقال رجع في هيبته أي أعادها إلى مالكه كما يطلق لفظ الرجوع في اللغة على معاني منها: الإنصراف، الترك... إلخ. فيأتي الرجوع بمعنى الإنصراف إذ يقال: رجع ، يرجع، رجعا، ورجوعا إذا إنصرف حيث جاء في القرآن الكريم: " إن إلى ربك الرجعي"¹. ويأتي الرجوع أيضا بمعنى الترك فيقال: رجع عن الشيء أي تركه².

كما يستعمل اللغويون مصطلح الرجوع للدلالة على معاني متعددة و متقاربة منها الرد، و العود و النقص و الإنصراف و الترك ، فيقال رجع، يرجع ، رجعا و رجوع و رجعي و إنصرف ورجع الشيء و إليه، صرفه ورده و إسترجع منه الشيء أخذ منه ما دفع منه وراجع الكلام : عاوده .

يقول بن فارس : رجع أصل كبير، مطرد، منقاس، يدل رد و تكرار وتقول رجع ،يرجع ، رجوعا : إذا عاد. ومن هنا قيل رجع في هبته إذا أعادها إلى ملكه. وقد يستعمل الرد والرجوع بمعنى واحد، فيقال لكل من المعير و المستعير، و العارية متى شاء، و يقول أبو البقاء الكفوي: "الرجوع العود إلى ما كان عليه وإلى حال الفقر و الغني ورجع إلى الصحة أو المرض أو غيره من الصفات، و رجع عن الشيء : تركه". وقد جاء في القاموس المحيط، رجع ، يرجع رجوعا، ومرجعا من معاينها: عود المطلق إلى مطلقته و الراجع: المرأة يموت زوجها فترجع إلى أهلها، و رجع الله تعالى بيعته أريحتها، وسفرة مرجعة: لها ثواب و عاقبة حسنة.

¹ منصورى قورة، هبة العقار في التشريع ، مرجع سابق، ص82
² شيخ نسيمه، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص

ويقال رجع بنفسه يرجع رجوعاً و مرجعاً، كمنزل ، ومرجعة و الرجوع: العود إلى ما كان منه البدء أو تقدير البدء مكاناً أو فعلاً أو قولاً، و بذاته كان رجوعه أو جزء من أجزائه، أو بفعل من أفعاله، فالرجوع: العود ، و الرجع: الإعادة، قلت : أي رجع كان: لازماً أو واقعاً. ¹ورجع الشيء عن الشيء و إليه: صرفه، ورده وإسترجع منه الشيء، أخذ منه ما دفعه إليه، وراجع الكلام عاوده² وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: "إن إلى ربك الرجعي".³ |

و الملاحظ على هذه المعاني المذكورة حتى و إن كانت متقاربة إلى حد كبير إلا أنني أرى أن الرجوع بمعنى الرد هو الأقرب إلى المعنى المراد بحثه إذا أن الراجع عن عقده يعود برجوعه هذا إلى ما كانت عليه الحال قبل العقد.

ثانياً: تعريف الرجوع في الهبة إصطلاحاً. إجتهد الفقه في وضع تعاريف متعددة

للرجوع عن الهبة ، فقد عرفه محمود لطفى بالقول " ينصرف الرجوع في عقد الهبة إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً . " كما عرف "أكثر حمد الله تفاحة "الرجوع في العقد بصفة عامة بقوله "رد العقد القابل لذلك و العودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة "، وقد شرح هذا التعريف على النحو التالي: قوله "رد" منع الشيء و صرفه و إرجاعه، وهو ينصرف إلى أي رد سواء تعلق الأمر برد العقد أو غيره، و إنما أضيف إلى العقد في التعريف للإخراج الرد في التصرفات غير العقدية كالإقرار بالدعوي وعبارة "العقد القابل لذلك "أي العقود غير القابلة للرجوع، كالعقد اللزوم الذي ليس به مسوغ شرعي من خيار أو عيب ، أما قوله "والعودة إلى حال ما قبل العقد "للدلالة على أثر الرجوع المتمثل في إعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، و قوله "وفق شروط مخصوصة "فإنه يقصد بها أن يشترط توافر شروط معينة كالأهلية و عدم هلاك أو إستهلاك محل العقد، و التعريف على النحو المتقدم يشمل

¹ بن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل ، بيروت ، ط1، 1988، ص 1129.

² امجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط مؤسسة الرسالة ناشرون ، ط3 دمشق، 2009 ص (270)

³ الزبيدي محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، مطبعة حكومة كويت، 1984، ج21، ص ص 64 65.

الرجوع في العقود اللازمة كالرهن و البيع إذا خلا من الخيار و العيب و العقود غير اللازمة (الجائزة) كالوكالة و الهبة. كما عرف جمال الدين طه العاقل الرجوع في الهبة بقوله :
"عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية إرتجاعها و إستردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط مخصوصة".

كما عرفه البعض بأنه: (زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد، لسبب من الأسباب المحددة قانوناً)¹.

وورد الرجوع بمعنى النقض وذلك ما وردته الكسائي بقوله: (يحصل الرجوع بالقول، كنقضت الوصية)².

كما عرفه الأستاذ لطفي محمود: " الرجوع في عقد الهبة بقوله ينصرف الرجوع في عقد الهبة إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً".
ويؤخذ على هذا التعريف مأخذان:

الأول : يوحى بوجود أسباب، محددة على سبيل الحصر، تسوغ للواهب الرجوع في هبته وهذا ما لم يسلم به الفقه و القضاء و أغلب التشريعات الوضعية، أي أن هذا غير صحيح ولا يسلم به الفقه ولا القضاء، وكذا أغلب التشريعات الوضعية الأخرى، فلا توجد مادة قانونية تحصر أسباب الرجوع، تسمح للواهب بالرجوع في هبته.³

الثاني: أنه لم يقيد إستعمال حق الرجوع إنتقاء الموانع الرجوع في الهبة و على هذا فإن هذه التعريف يتميز بعدم الدقة⁴.

. ولفظ العقد القابل لذلك، يخرج من دائرته العقود غير القابلة للرجوع، كالعقد اللازم الذي ليس به من مسوخ أو عيب أو خيار، و عبارة العودة إلى ما حال ما قبل العقد، تعني أثر الرجوع الذي يعيد الحال إلى ما عليه قبل العقد، و قوله (وفق شروط مخصصة)،

¹ نعيمة بريش ، مرجع سابق، ص 99.

² سمير صبحي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر، 2015، ص 28

³ أميرة بادي، الرجوع عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جبل، 2016 2017، ص10

⁴ ابن فارس ، معجم مقاييساللغة، دار الجبل لبنان، ط1، 1991، ص 490.

وجوب توفر الشروط اللازمة للرجوع، كالأهلية، وعدم هلاك محل العقد، وجمع هذا التعريف جميع أنواع الرجوع في العقد كالبيع و الهبة و الوكالة ، أي العقود اللازمة و العقود الغير لازمة¹.

ويعرفه جمال طه العاقل بأنه: (الرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته، بالقول أو بالفعل بغية إرتجاعها، و إستردادها من الموهوب له رضاء ، أو قضاء وفق الشروط). والرجوع في الهبة قد يكون بالفظ الصريح، فيستعمل الواهب أحد الألفاظ المتداولة كرجعت هبتي ، أو عدت عن هبتي، أو أبطلتها، وقد يتم الرجوع بالفعل، كأن يصدر فعل من الراجع في هبته مثل بيعه الشيء محل عقد الهبة أو يهبه لغيره، أو يوقفه على جهة ما على غير ذلك من التصرفات التي تدل على عودة الواهب في هبته. كما يمكن تعريف الرجوع إصطلاحا بحيث يعرف على أنه: (فسخ العقد بعد تمامه، ويعرفه البعض الآخر بأنه رد العقد القابل للإبطال بذلك و العودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة). كما أن هناك فريقا آخر من الفقهاء إستعملوا لفظ العائد عن الهبة ، كما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم " العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه" وهذا دلالة على الرجوع في عقد الهبة.

والملاحظ أن هذا التعريف أكثر دقة و شمولية من التعاريف الأخرى، إذ ينطبق على الرجوع في الهبة بالتراضي، كما ينطبق على الرجوع في الهبة بالتقاضي على عكس التعاريف الأخرى التي يلاحظ أنها تعرف الرجوع خصوصا عبر بيان آثاره².

كما أنه ومن خلال هذه التعاريف أيضا نستنتج أن القضاء و بما يحدده من شروط معينة للرجوع في الهبة قضاء، و كذا الرجوع رضاء، و الذي يكون بين الواهب و الموهوب له هو التعريف الأقرب إلى الصواب، إذ أن الرجوع في الهبة يكون إما رجوعا صريحا لفظيا كقول الواهب: عدت أو رجعت في هبتي، أو قيامه بأي فعل من شأنه أن يشير إلى

¹ فريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1 (2002)، ص14

² جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي في القانون المدني وفي المعاملات الإماراتي، مجلة الأمن و القانون، كلية الشرطة دبي، العدد 1، الإمارات العربية المتحدة، جانفي 1998، ص 15.

رجوعه إلى هبته ضمنا، ومثال ذلك بيع الواهب للشيء الموهوب أو وقفه، أو هبته لشخص آخر غيره.

وهذا وإن نظرنا إلى خصائص الرجوع فإننا نجد أنه يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها:

1- حق شخصي للأبوين : حق الرجوع في القانون الجزائري هو حق حصري للأب واللام، دون الأصول الآخرين كالحد والجدة، ذلك أنه لا مجال لإعمال المادة 222 من قانون الأسرة و الرجوع، كما ورد نص المادة 211 صريحا لفظه ((للأبوين)).

2- يتم إرادة منفردة: ومن دون قبول الموهوب له الابن أو الابنة، إذ بالرجوع إلى نص المادة 211 التي شرعت الرجوع، لم تشترط قبول الموهوب له، وكذلك فإن التفسير اللفظي للمادة لا يوحي بضرورة وجود إجراءات مشددة على إرادة الواهب، هذا وإن كان الرجوع بإرادة الواهب و الموهوب له فلا يسمى هذا رجوعا بل هو مبتدأة وكل تفسير موسع أو مضيق لهذا النص يجعل صاحبه يخرج عن الصواب، لأن عباراته واضحة و بسيطة و لا تستدعي الجدل الدائر حوله¹.

يقصد بالطبيعة القانونية للرجوع في الهبة التكيف القانوني للرجوع فهل يعتبر الرجوع في الهبة إقالة منها أو عبارة عن فسخ عقد أم عبارة عن إلغاء؟ يرى البعض أن الرجوع في الهبة يعد فسخا، بينما يرى البعض الآخر أنه يعتبر إلغاء، بينما يرى البعض من الآراء أنه ليس فسخا ولا إلغاء وإنما هو ذو طبيعة خاصة. الرأي الأول: الرجوع ليس فسخا. قبل أن نخوض في الطبيعة القانونية للرجوع علينا أولا تعريف الفسخ و هو النقض و الرفع و الإزالة، يقال: فسخت العقد فسخا، أي رفعته، و فسخت البيع و الأمر أي نقضتهما، و فسخت المفصل عن موضعه أي أزلته²، أما النقض فهو إفساد ما أبرمت من عقد أو

¹ محمد يوسف عمري، الميراث و الهبة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص275
² الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار مصر ط1922، 2، ص 646

بناء، وهو ضد الإبرام، يقال : نقضت البناء أي هدمته، ونقضت الوصية بمعنى رجعت فيها¹. ومن هنا يمكن المعارف،

القول أن الفقهاء لم يجتمعوا في هذه المسألة حول تعريف الرجوع، فلقد تعدد آرائهم، و اختلفت حول مسألة تكييف الرجوع إلا أن هناك مجموعة من الفقهاء الذين أرجعوا الرجوع في عقد الهبة يعد فسخا للعقد، و من بين الأساتذة الذين يساندون هذا الرأي هو الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، وهم يتبنون مفهوما واسعا للفسخ، كما أن مفهوم الفسخ عند فقهاء الشريعة أكثر إتساعا من مفهوم الفسخ العقد يختلف عن أساس الرجوع، فالفسخ أساسه جزاء خطأ المدين المتمثل في إخلاله بالتزاماته المتولدة عن العقد، الأمر الذي يعطي الدائن حق اللجوء إلى القضاء لطلب فسخ العقد لكي يتحلل من التزاماته بالإضافة إلى حصوله على تعويض من المدين عن لحقه من أضرار نتيجة الفسخ².

كما يستند الفسخ إلى إخلال الموهوب له بالتزامه الذي تضمنه عقد الهبة، فهو جزاء على خطأ الموهوب له، بينما يستند الرجوع في الهبة إلى واقعة ظهرت أو إستحدثت بعد إبرام عقد الهبة، ولا تتطوي على إخلال الموهوب له بالتزامه، فيكون بمثابة عذر يجيز للواهب الرجوع في هبته.

ومثال ذلك أن يقوم الواهب برفع دعوى مطالبا الحكم له بالرجوع في هبته وهذا بسبب أن الموهوب له، لم يقم بالوفاء بالعوض الذي تضمنه عقد الهبة، وبهذا فإن المحكمة تنزل تكييفها الصحيح باعتبارها أن عدم الوفاء يمثل إخلالا من الموهوب له بالتزامه و لهذا فهي تعتبر الدعوى هنا دعوى فسخ و ليست دعوى رجوع فتقضي المحكمة بالفسخ³. غير أن الرجوع في الهبة يختلف عن عقد الفسخ في عدة جوانب منها:

لا يمكن تصور فسخ في عقد الهبة ، إلا إذا كان بعوض، لأن الفسخ لا يطبق إلا على عقد ملزم الجانبين و يكون بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية .

1 أحمد كامل الصيرفي، مقالة حول الرجوع في الهبة مجلة القانون و الاقتصاد، (العدد 73) مصر - القاهرة - ص 275

2 أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ج7، (د.س.ن)، ص 129

3 أنا أميرة بادي ، مرجع سابق، ص 14

يكون الفسخ نتيجة لخطأ المدين إذا أحل بأحد إلتزاماته العقدية ، أما الرجوع في عقد الهبة فهو حق خوله القانون بموجب شروط معينة للواهب. لا يمكن للمدين في عقد الهبة أن يظهر حسن نيته في تنفيذ إلتزاماته مقابل عدم رجوع الواهب ، لأن الرجوع يكون حقا للواهب إذا توافرت الأسباب الداعية غلى الرجوع و المنصوص عليها قانونا، على عكس الفسخ الذي يعطي للمدين فرصة إظهار حسن نيته، إذا أبدى رغبته في تنفيذ إلتزاماته. لا يمكن إسقاط حق الرجوع في الهبة لأن حق الرجوع هو من النظام العام بينما لا يعتبر الفسخ من النظام العام ، إذ يمكن للطرفين الإتفاق عليه مسبقا في العقد¹. ينقرر للدائن في الفسخ حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء فسخ العقد على خلاف الرجوع في عقد الهبة إذ لا يمكن للموهوب له مطالبة الواهب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به².

كما أننا نلمس رأي المشرع الجزائري فيما يخص التفرقة بين الفسخ و الرجوع، حيث يرى رأي مخالف إلى التمييز بين الفسخ و الرجوع لإختلاف نظاميهما القانونيين من عدة أوجه أهمها:

أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، والهبة غالبا ما تكون عقدا ملزما الجانب واحد، وهو الواهب فلا يتصور أن نكون محلا للفسخ. أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه العقدي، فهو يفترض إخلال المدين بإلتزاماته الناشئة عن العقد، مما يعطي الحق للدائن في المطالبة بفسخ العقد ليتحلل من إلتزاماته العقدية إذا حكم القاضي بالفسخ، في حين أن الرجوع في الهبة ليس جزاء يوقع على الموهوب له، و إنما هو حق قرره الشارع الحكيم أو المشرع الوضعي للواهب يستطيع ممارسته و لو لم يرتكب الموهوب له أي خطأ أو تقصير تجاه الواهب.

¹ مساعدي حنان، التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي

1945، قائمة، 2016-2017، ص18

² نعيمة بريش ، مرجع سابق، ص 99.

لا يترتب على الفسخ أضرار هامة و هما : أنه ينهي العقد في المستقبل و يحويه في الماضي كما أنه يؤدي إلى نشوء تعويضات يدفعها المتعاقد الذي تسبب بخطئه في فسخ العقد إذ كان لها مقتضى، و لو كان للرجوع في الهبة فسحا لجاز الواهب علاوة على إسترداد الشيء الموهوب المطالبة بتعويض ما لحقه من ضرر جراء جحود الموهوب له و هذا ما لم يقل به أحد. لا يعطي القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة الفسخ الرضائي فله أن يمنح المدين أجلا قبل فسخ العقد، و له أن يرفض دعوى الفسخ إلا في حالة الإنفاق مقدما بين المتعاضدين على الفسخ، غير أنه لا يتمتع بذات السلطة التقديرية في حالة الرجوع، إذ يجب عليه الحكم بالفسخ بكون منشئا للفسخ بخلاف الحكم الصادر بالرجوع و الذي هو حكم كاشف أو مقرر و ليس منشئا.

أن الحق الواهب في الرجوع يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنه مقدما و لو وقع التنازل لم يكن له أثر و يبقى حق الرجوع قائما، جاء في درر الحكام " حق رجوع الواهب مطبق يعني إذا لم يسقط الواهب أثناء الهبة حق رجوعه كما أن له حق الرجوع، فلو أسقطه و أبرأه فلا حكم لهذا الإسقاط و لا تأثير و يبقى حق الرجوع لأنه غير قابل للإسقاط بخلاف الفسخ الذي يجوز التنازل عنه مسبقا لعدم تعلقه بالنظام العام.

إذا رفع الواهب دعوى الرجوع و قدم لذلك عذرا مسوغا حكم القاضي له، و لا يستطيع الموهوب له تفادي الحكم بالرجوع و لو عرض على الواهب الإنفاق عليه و سد حاجاته بعكس الحال في الفسخ، حيث يستطيع المدين المقصر تفادي الحكم بالفسخ إذا ما نفذ التزاماته الناشئة عن العقد. كما يمكن التفرقة بين الرجوع و الفسخ و هذا من خلال:

1- من حيث المحل: فإن المحل الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين، أما الرجوع فمحلها العقود الملزمة لجانب واحد إذ لا يعقل أن يدفع بالفسخ في عقد ملزم لجانب واحد، كما لا يعقل أن يرجع أحد الطرفين في عقد ملزم لجانبين إذ أن الرجوع يكون في التصرفات الملزمة لجانب واحد.

2- من حيث الغاية: فإن غاية الفسخ هو توقيع الجزاء على أحد طرفي العلاقة العقدية، الذي أخل بالتزامه إتجاه الطرف الآخر الذي قام بكل التزاماته، فلهذا الأخير أن يطالب بفسخ العلاقة العقدية، مع إمكانية حصوله على تعويضات تجبر الأضرار اللاحقة به جراء هذا الإخلال، بينما الرجوع لا يعقل أن يكون جزاء موقعا على الموهوب له، إذ أن الموهوب له ليس عليه أي إلتزام، و إنما هو مكنه أعطائها المشرع الحكيم للواهب، في إطار محدود، لغايات إعتبرها المشرع جديرة بالحماية، فرجوع الوالدين في هبة وهبها أحدهما، أو كلاهما لابنهما ليس إلا في مصلحة هذا الابن، ومصلحة الأسرة هذا الرجوع الذي ترك لتقدير الأبوين لكمال شفقتهم و رحمتهم ومعرفتهم بابنهما.

3- من حيث النتيجة: فإن أثر الفسخ هو إنتهاء العقد في المستقبل، ومحوه تماما من الماضي و إرجاع الحالات إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، و تقرير تعويضات يدفعها المقصر إلى الطرف المتضرر من مخالفة الإلتزامات، بينما الرجوع ينتج أثره في الماضي والحاضر والمستقبل دونما إمكانية الحصول على تعويضات لفائدة الواهب.

4- من حيث الصفة: فإن الرجوع من النظام العام، إذ لا يجوز الإتفاق على إستبعاده و إن تنازل الواهب عن حقه في الرجوع فإن هذا التنازل لا يعتد به، و أمكنه الرجوع بالرغم من ذلك كله، بينما الحق في المطالبة بالفسخ ليس من النظام العام، إذ لو إتفق أطراف العلاقة العقدية التنازل عن الدفع بالفسخ يسري هذا الإتفاق بينهما تبعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و لا يمكن نقض العقد إلا بأسباب البطلان النسبي و المطلق.

5- يتم الرجوع بإرادة الأب الواهب أو الأم الواهبة دون الحاجة إلى قبول الابن بينما الفسخ يكون بإتفاق كل أطراف العقد هو الذي يقضي بإنحلاله و للأطراف الزيادة في الإتفاق بوضع شروط و أحوال معينة عند إنهاء مفعول العقد المحل، بذلك يكون قد وقفنا إلى تبيان الفرق بين الفسخ و الرجوع¹.

¹ فائزة عبد السبع، الرجوع في التصرفات التبرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص ص49-

ومما تقدم يتضح لنا أن فكرة الأثر الرجعي للرجوع لا تستوجب تكيفه على أساس الفسخ للعقد باختلاف النظام القانوني لهما. كما ونشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يقدم أي رأي فيما يخص الفرق بين الفسخ و الرجوع في عقد الهبة والتزم الصمت بهذا الشأن، لذا فيمكن القول أن الفسخ والرجوع هما شيء واحد ويعبران عن المعنى نفسه ، فالفسخ مختلف عن الرجوع فكل منهما نظام مختلف عن الآخر ولكل منهما غاية مستقلة عن الآخر¹.

ويؤيد الدكتور عبد الجواد الحجازي هذا الرأي إذ يعتبر الرجوع نظام قانوني مستقل عن الفسخ، الاختلاف أساس و غاية كل منهما، باعتبار أن الرجوع عن العقد هو تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إنهاء العلاقة التعاقدية بشروط مخصوصة بينما ينصرف الفسخ إلى إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي، وهو جزاء لعد قيام المدين بتنفيذ إلتزامه العقدي، و يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه فيطلب الطرف الآخر فسخه ليتحلل بدوره من تنفيذ إلتزامه. ويشترط للمطالبة بالفسخ توافر الشروط التالية:

- أن يكون العقد ملزما للجانبين.

- أن يكون المتعاقد الآخر طالب للفسخ مستعدا للقيام بالتزاماته و قادرا على إعادة الحال إلى أصلها إذ حكم له القاضي بالفسخ. أما الرجوع في الهبة فهو حق للواهب أساسه ليس خطأ الموهوب له و إنما لتوافر عذر للواهب يجيز له الرجوع، وهو ما نصت عليه المادة 211 من (قانون الأسرة الجزائري) التي نص فيها المشرع على الحالات التي لا يجوز فيها للواهب الرجوع في هبته وسماها بالموانع، و ترك الباب مفتوحا للواهب الرجوع متى شاء و متى إستند في ذلك إلى عذر مقبول.

غير أن جانب من الفقه يرى أن الأعدار المنصوص عليها في المادة 211 من (قانون الأسرة) لا تعد إخلالا من جانب الموهوب له بالتزام يقع على عاتقه الهبة كي لا يضار من

¹ أميرة بادي ، مرجع سابق، ص17

تبرعه، بل هو يلتزم أخلاقياً و ليس إلتزاماً بالمعنى القانوني بحيث يؤدي به إلى فسخ الهبة، فالهبة عقد تبرعي و يلتزم من جانب واحد هو الواهب، أما الموهوب له فلا يلتزم بشيء و بالتالي لا يتصور أن تكون محلاً للفسخ، فالفسخ يقتصر نطاقه على العقود الملزمة للجانبين فقط، وحتى عندما تكون الهبة ملزمة للجانبين أي بعوض فإنه أيضاً لا يمكن الحديث عن الفسخ لأن مثل هذه الهبة لا يجوز الرجوع فيها، لأن العوض يعد من موانع الرجوع كأساس الرجوع في الهبة ليس إرتكاب خطأ عقدي من جانب الموهوب له، فالواهب يمكنه الرجوع في هبته و لو لم يرتكب الموهوب له خطأ و الواقع أن الرجوع في الهبة ليس جزاء يوقع على الموهوب له و إنما هو حق قرره المشرع للواهب قصد حمايته كي لا يضر من تبرعه.

و إذا كان المشرع الجزائري لم يضع شروطاً لرجوع الواهب في هبته كما فعلت بعض القوانين كضرورة رفع دعوى أما القضاء يسمح له بالرجوع، بحيث لا يستعمل هذا الحق إلا إذا توافر له بالفعل العذر الذي يبرر ذلك، فالحكم الصادر بالترخيص للواهب في الرجوع في الهبة حكم مقرر و كاشف و ليس حكماً منشأً على عكس الحكم الصادر بالفسخ هو حق منشئ، و عليه فإن حق الواهب في الرجوع من النظام العام، فلا يجوز له التنازل المسبق عنه، وفي هذا يختلف عن الفسخ قواعد الفسخ لا تتعلق بالنظام العام)¹.

الرأي الثاني: الرجوع ليس إلغاءً لابد قبل أن نخرج على الرأي القائل بأن الرجوع ليس إلغاءً من تعريف الإلغاء عند بعض الفقهاء ، حيث عرف بعض الفقهاء الإلغاء على أنه: "عمل قانوني من جانب واحد و يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقد إنهاء علاقة قانونية لم يعين المتعاقدان من أول الأمر أجلاً معيناً له"، غير أن هذا التعريف تعرض للعديد من الانتقادات و إزاء ذلك إستبدل بتعريف آخر من قبل النقاد بقولهم أن الإلغاء هو " أن يجيز

¹ عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية و الهبة و الوقف) في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، (2016/2017)، ص 171

القانون للطرفين إلغاء العقد إرادة أحدهما المنفردة" غير أن هذا التعريف كذلك لم يكن أوفر حظا من سابقه حيث أن بعض الفقهاء كان الهم عليه العديد من الانتقادات من بينها:

- أن القانون لم يحدد متى يجوز لأحد الأطراف أن يلغي العقد بالإرادة المنفردة و إزاء ذلك حاول بعض الفقه تعريف الإلغاء ووضع تعريف آخر غير التعريفات السابقة، حيث عرفوه على أنه: تصرف قانوني يكون من جانب واحد يترتب عليه إنهاء العقد القابل لذلك و يكون هذا في المستقبل بناء على نص القانون أو بالاتفاق بين المتعاقدين. والملاحظ هنا أن الفقهاء ومن خلال تعريفهم للإلغاء لا يميزون بينه و بين الرجوع حيث أنهم يروه نفس الشيء، لذا لابد لنا أن نميز أوجه الشبه بين الإلغاء و الرجوع من خلال:

حسب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإن كل من الإلغاء و الرجوع يعتبر إستثناء عن هذا المبدأ.

أن كل من الإلغاء و الرجوع هو سابق على وجود العقد من حيث السبب، حيث أنه يشترط وجود تصرف قانوني صحيح في كليهما مستكمل لكل شروط الإنعقاد، و بعد هذا يقوم أحد المتعاقدين و ليس كلاهما على حل الرابطة العقدية و هذا من غير توفر إرادة وموافقة الطرف الثاني في العقد.

إن كل منهما يعتبر لمن تقرر له كحق، ومن هذا فإن لا يترتب على ممارسته أي مسؤولية إلا إذا كان هناك تعسف من جانب من تقرر له الحق في الرجوع أو الإلغاء وهذا بطبيعة الحال أو كان القانون ينص على خلاف ذلك.

إن كل من الحق في الرجوع والحق في الإلغاء هو حق شخصي وبالتالي لا يجوز ممارسة كل منهما إلا من الشخص الذي تقرر له قانونا وهذا لأن كل من منهما يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه مسبقا.

إن الفارق الذي يوجد بين الإلغاء و الرجوع هو فارق جوهري و يتمثل في الأثر الذي يترتب عنهما، حيث أن الرجوع أثر رجعي وهذا ما يترتب عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه و هذا قبل إبرام العقد، أما الإلغاء فأثره يقتصر على المستقبل فقط أي أن سريان مفعول

العقد ينتهي إلى المستقبل فقد دون الرجوع بأثر رجعي إلى الحالة التي كان عليها العقد. أما عن أوجه الاختلاف بين الإلغاء و الرجوع فحقيقة الأمر أن الاختلاف يعود على طبيعة العقد في حد ذاته على خلاف الإلغاء الذي يكون بأثر رجعي في بعض الأحيان، وهذا رأي الفئدة من الفقهاء، ولقد إستدلوا في رأيهم هذا على حالة قيام الموكل بعزل الوكيل وعلم الوكيل بهذا العزل وذلك مع شخص حسن النية تعامل معه وتوهم إستمرار الوكالة للموكل بسبب مظهر خارجي منسوب له، حيث ينتج عن هذا تخلف عن الوكالة الحقيقية و وكالة ظاهرة تنتج بعض آثار الوكالة الحقيقية و يكون هذا بالنسبة لشخص آخر حسن النية. ومن هنا نستخلص أن كل من الإلغاء و الرجوع نظامان قانونيان متباينان فيما بينهما فهما مختلفان و لا يمكن أن نكيف كل منهما على أساس الآخر حتى و إن وجدت عدة نقاط يتشابهان فيما بينهما، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن سماح المشرع الجزائري و غيره من القوانين المقارنة للواهب الرجوع في الهبة، يعد خروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذلك فقد قيد المشرع حق الواهب في الرجوع بقيود ملحوظة على الرغم من كون الهبة من عقود التبرع، لذلك إستلزم المشرع لكي يباشر الواهب هذا الحق أن يتوافر له عذر مقبول، و لم يترك له تقدير هذا العذر بل أوكله إلى القضاء في بعض التشريعات ، بالإضافة إلى أنه قد راعى حقوق الموهوب له وحقوق الغير حيث قرر عدم جواز ممارسة حق الرجوع إذا وجد مانع من موانعه (المادة 211 من قانون الأسرة). وعلى ذلك فإن الهبة كقاعدة عامة ملزمة للواهب فلا يجوز له الرجوع فيها إلا على سبيل الإستثناء وهذا الإستثناء خروجاً على مبدأ اللزوم الهبة و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و يبرر قواعد العدالة التي تقضي بعدم جواز أن يضار المتبرع من تبرعه، و قواعد الأخلاق التي تفرض بأن جزاء الإحسان لا يكون إلا بالإحسان، و في ذلك يلتقي الرجوع بالإلغاء، فكلاهما بعد خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بالإضافة إلى أن الرجوع كالإلغاء يفترض وجود تصرف صحيح قد إستكمل الشروط اللازمة بإنعقاده ثم يقوم أحد المتعاقدين دون موافقة المتعاقد الآخر بحل الرابطة العقدية فسيبب كل منهما لاحق على وجود العقد كما أن الرجوع كالإلغاء يعد حقا لمن تقرر

له، كما أن الحق في الرجوع كالحق في الإلغاء فهو حفق شخصي فلا يجوز الغير الواهب أن يمارسه بالإضافة كذلك أن كل منهما يتعلق بالنظام العام فلا يجوز النزول عنه مقدما، ونظرا للتشابه الكبير بين الرجوع و الإلغاء إلا أن المشرع قد ميز بينهما حيث جعل للرجوع أثرا رجعيا بينهما الإلغاء ليس له أثر فهو لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل¹.

الفرع الثاني: آثار الرجوع في العقار في الفقه الإسلامي

إن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، و بما أن عقد الهبة يندرج ضمن أحكام هذا القانون فإنه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الهبة المبرمة قبل صدوره. كما أن المشرع الجزائري تطرق لمسألة الهبة و الرجوع فيها في قانون الأسرة الجزائري، إذ أنه كمبدأ عام أن الهبة عندما تقع وفقا للأوضاع و الأشكال المقررة قانونا، وتكون صحيحة في شكلها و في مضمونها، فإنها مبدئيا لا يجوز للواهب الرجوع عنها لأي سبب من الأسباب² ولكن لهذا المبدأ إستثناء يجيز الرجوع في الهبة نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، فهو قانون خاص على خلاف العديد من التشريعات العربية و الأجنبية، إذ أن معظم التشريعات الوضعية الأخرى قضت بالنص على الهبة و الرجوع فيها في قوانين أخرى غير قانون الأسرة. ولعل السبب الذي جعل المشرع الجزائري ينفرد بهذه الميزة، ميزة وضع الهبة في قانون الأسرة هو حرصه على أن تستمد الهبة أحكامها من الشريعة الإسلامية الغراء بالدرجة الأولى³.

فالرجوع في الهبة في القانون الجزائري أمر إستثنائي و ليس أصلا فلا يمكن التوسع فيه، و هي حالة هبة الوالدين لأبنائهما، هذا و لقد نظم المشرع الجزائري عقد الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع و الخاص بالتبرعات و المواد من 202 إلى 212 من (قانون الأسرة) وهو بذلك إتخذ منهاجا مخالفا لمسلك أغلب التشريعات الوضعية العربية و

¹ عبد المالك رايح، مرجع سابق، ص172

² أبر 05/02 المؤرخ في 12 محرم 1426 الموافق ل 7 فبراير سنة 2005، معدل و متمم للقانون 84/11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق في 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة والجريدة الرسمية، العدد15.

³ أميرة بادي، مرجع سابق، ص 30.

الأجنبية - على حد سواء - التي نصت على أحكام عقد الهبة في قوانينها المدنية بإعتباره عقدا ناقلًا للملكية¹.

حيث تناول المشرع الجزائري في المادتين 211 و 212 من (قانون الأسرة) حالة الرجوع في الهبة، و أساسا إعتبر المشرع الجزائري عقد الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة، إلا ما جاءت به نص المادة 211 التي تجيز للوالدين فقط حق الرجوع في الهبة الولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية:

إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين. ، إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير من طبيعته. الملاحظ هنا من إستقرائنا للمادة أن المشرع الجزائري بقي مستندا في مسألة الرجوع عن عقد الهبة إلى المذهب المالكي الذي يجيز الرجوع في الهبة للوالدين وحدهما ما لم يكن هنالك مانع من موانع الرجوع تمنع عليهما الرجوع في هبتهما.

إذ أنه في جميع الأحوال إذ رفعت دعوى أمام قاضي شؤون الأسرة التي مؤداها فسخ عقد الهبة ومما للقاضي من سلطة تقديرية في هذا المجال، فعليه أن يتحقق في هذه المسألة من أن الهبة هنا واقعة من الآباء إلى الأبناء تكورا كانوا أو إناث على حد سواء دون تمييز بينهم و أن الحالات الثلاث المذكورة في نص المادة 211 من قانون الأسرة غير متوفرة، و أن الهبة كذلك كانت هنا ليست للمنفعة العامة أو بغرض المنفعة العامة فهنا يمكن للقاضي أن يحكم بفسخ عقد الهبة و يمكن للواهب أن يرجع في هبته بإرادته المنفردة بموجب حكم قضائي و هذا من غير إلزامه ببيان أسباب رجوعه عن هبته².

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري جعل الرجوع في عقد الهبة حقا استثنائيا للأبوين دون سواهما وهو بهذا أخذ برأي الجمهور من فقهاء المسلمين، إلا أنه قيد

¹ شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، مم، 92-93.
² سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة الدعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام الأحكام الابتدائية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013، ص 254

إستعمال الوالدين لهذا الحق بأن أورد حالات يتمتع فيها على الوالدين إسترداد الشيء الموهوب و الرجوع فيه. والملاحظ هنا أيضا أن القضاء الجزائري و لم للقاضي من سلطة تقديرية في هذه المسألة عمل على تكريس مبدأ الرجوع في الهبة للوالدين فقط، وهذا في الحالة التي إعتبر فيها المشرع في نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري الكلمة الواردة فيها بقوله الأبوين أبي " الأب و الأم" فقط دون الدلالة على " الجد و الجدة"، إذ أنه في أحد قرارات المحكمة العليا جاء فيه أنه لا يحق للجدة الواهية التراجع في هبتها لحفيدها¹. كما أن نص المادة 211 هو نص صريح و لا يحتاج إلى أي إجتهد معه أو تفسير له، إذ أنه لا إجتهد مع صراحة النص فلا يمكن إعتبار الجد والجدة بمثابة الوالدين و يلا يمكن تفسير كلمة الوالدين على أنهما الجد والجدة، و هذا لوضوح النص و هذا يدل على أنه لا يمكن للجد أو الجدة الرجوع بما وهبوا لأبناء أبقاها².

أولاً: إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له: هذا المانع مستمد من المذهب المالكي، ففي حالة ما إذا وهب الوالد ولده مالا قاصدا بذلك مساعدته على الزواج، حتى و إن لم يتزوج الولد في الوقت المحدد فإن حق الواهب في الرجوع عن هذه الهبة و إسترداد المال الموهوب يسقط فالعبرة إذا نية الوالد الواهب فإن كان ما قدمه لولده كان على سبيل العارية مثلا كان له الرجوع. وتعد هذه الحالة مانعا في الرجوع عن الهبة منذ صدورها و ترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظرا إلى طبيعة الهبة ذاتها، لأن غرض الوالدين من الهبة هو الزواج الابن، وقد تحقق بمجرد إبرام عقد الزواج، فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد أن تحقق الغرض³.

ويترتب على ذلك أن الهبة في هذه الحالة تكون اللازمة منذ صدورها، فإذا وهب الأب لابنه مالا من أجل زواجه فهذا يسقط حق الرجوع للأب حتى إذا كان زواج الغبن متأخرا أي في وقت لاحق، إلا إذا وقع الرجوع بالتراضي بينه و بين ابنه الموهوب له⁴.

¹ مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2010، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 554347، قرار بتاريخ 15/07/10 (26)، ص 255.

² أميرة بادي، مرجع سابق، ص 33.

³ الأندلسي أبو بكر محمد بن عصام، تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام، دار الآفاق العربية، مصر، ط1، 2011، ص 88

⁴ أميرة بادي، مرجع سابق، ص 53.

ثانياً: إذا كانت الهبة لضمان قرض أو لقضاء دين: ويعتبر الواهب في هذه الحالة بمثابة كفيل ضامن للدين أو القرض، أي إذا قام الموهوب له بتسديد دين مترتب في ذمة الواهب أو قام بتقديم ضمان كأن يكون رهن رسمي أو كفالة عينية لفائدة الواهب في مواجهة دائنه، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورهما و لا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له. ويمنع على الواهب الرجوع في الهبة لتحقيق غرضة منها لأخذ البديل الذي ارتضاء عنها وهو تسديد الدين الذي في ذمته أو ضمان القرض الذي يكون قد تحصل عليه. ثالثاً: إذا تصرف الموهوب له في المال الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل الملكية ، كالبيع أو الهبة أو الوقف أو فقد ملكيته للعين عن طريق تملكها من طرف الغير بالتقادم المكسب، أصبحت الهبة لازمة لا رجوع فيها وقد تقرر هذا الشرط لحماية الغير المتصرف إليه لكي يكون في مأمن من رجوع الواهب عليه. والجدير بالإشارة إلى أنه إذا كان التصرف الذي قام به الموهوب له غير نهائي، كأن يكون قد باع الشيء الموهوب ثم فسخ عقد البيع أو أبطل لأي سبب من أسباب البطلان فهذا يرجع للواهب إمكانية ممارسة حق الرجوع.

- إذا غير الموهوب له طبيعة الشيء الموهوب كأن يقوم بتشييد مبنى فوق العين الموهوبة، فتكون الهبة لازمة و إمتنع عليه الرجوع، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 153622¹ حيث أن المستأنف عليهما أدخلتا على المال الموهوب (الأرض) في مثل هذه الحالة الأبوين من الحق في الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب في طبيعته مما سقط حق الواهب في الرجوع عن الهبة و بالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى وقفت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة المحررين في 16-06-1990 و 22/08/1990 و إبطال عقد الرجوع في الهبة المحرر في 01-06-1992 مما يتعين على المجلس تأييده في جميع تراتبه.

¹ مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 1997، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 153622، قرار بتاريخ 11-03/1998، ص 72.

- إذا ضاع الشيء الموهوب سواء بسبب أجنبي أو بفعل إهمال الموهوب له إمتنع على الواهب الرجوع في هبته لأن الموهوب له لا يضمن الضياع¹.
- وبالرجوع إلى المادة 211 نجد أن المادة لم تذكر الموانع التالية: - زيادة الشيء الموهوب أو نقصه في ذاته.
- مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوفاً (مرض الموت) الذي منع الوالد من الاعتصار.
- إذا كانت الهبة على وجه الصدقة. و عليه يمكن أن نسجل بعض الملاحظات حول هذه المادة و هي كما يلي:
- أن المشرع الجزائري خول حق الرجوع في الهبة للوالدين فقط وهما الأب و الأم، أن الرجوع في الهبة كما يشمل العقارات يشمل أيضا المنقولات.
- أن الرجوع في الهبة حالة إستثنائية جوازية إقتداء بالمذهب المالكي السائد في الجزائر أن المشرع الجزائري لم يحدد سن معين للأبناء وهو ذكور أم إناث، أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة معينة في الرجوع في الهبة، فهي مفتوحة ومتروكة تبعاً للظروف المحيطة بحق الرجوع حتى و إن كان عقد الهبة أصبح نافذاً و إستوفى جميع أشكاله القانونية.
- هذا وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك عندما نص في المادة 212 من قانون الأسرة ، بأن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها، وهو تأكيد للزوم عقد الهبة و لمبدأ عدم الرجوع فيه، و كذلك عدم جواز الرجوع بإرادة الواهب المنفردة، لكنها لا تمنع من طلب الفسخ عقد الهبة عن طريق القضاء، إذا كان الواهب قد إشتراط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة و لم ينفذ هذا الشرط، و هنا نكون بصدد هبة بعوض فهي تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط مثل أن يهب شخص مبلغاً من المال لفائدة جمعية خيرية

¹ أميرة بادي ، مرجع سابق ، ص 55

قصد إقامة مشروع خيري أو بناء مستشفى فعدم قيام الموهوب له بتنفيذ هذا الشرط، يحق للواهب رفع دعوى للمطالبة بفسخ العقد¹.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري يتبين لنا أن المشرع لم يقيد - على غرار رأي جمهور الفقهاء - حق الرجوع في الهبة المقرر للأبوين دون سواهما بوجوب توافر عذر مقبول، فأجاز لهما ممارسة حق الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنة، صغيرا أو كبيرا ، إلا إذا وجد مانع من الموانع الثلاثة المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة). ولعل السبب في عدم إشتراط المشرع الجزائري توافر أعمار لرجوع الوالد الموهب في هبته لولده يعود إلى أن الأب لا يتهم في رجوعه لشفقتة على ابنه فهو لا يرجع إلا لضرورة ملحة أو من أجل تحقيق مصلحة يقدرها هو، ومن ثم لا يعقل أن يطلب منه تبرير رجوعه عن هبته بتقديم عذر مقبول. وترتبيا على ذلك فإنه متى عرض على القاضي الجزائري نزاع حول أحقية الوالد في الرجوع في هبته لولده وجب عليه أولا أن ينظر في مدى توافر إحدى حالات المنع المذكورة على سبيل الحصر في المادة المنوه عنها أعلاه فإذا وجد المانع حكم للموهوب له و قضي بعدم الرجوع أما إذا إنقضي المانع وجب عليه الإستجابة لطلب الواهب دون إشتراط السبب المقبول من عدمه ومن ثم القضاء بالرجوع و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد² .

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يقيد إستعمال حق الرجوع في الهبة، و عليه فإن القاضي إذا عرض عليه النزاع فإنه يدقق في مدى توافر إحدى حالات المنع الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة.

إن الرجوع في عقد الهبة سواء تم بالتراضي مع الموهوب له أو بالتقاضي عن طريق اللجوء إلى القضاء يترتب عليه بعض الآثار القانونية و اللإلتزامات المتبادلة، سواء كانت من جهة الواهب، الموهوب له أو من كليهما فحالة رجوع هذين الأخيرين عن الهبة

¹ محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 259.

² شيخ نسيمة ، مرجع سابق، ص ص 109 - 110 في حالات ثلاث تشكل مانعا منه ، و هذا راجع لتأثير المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي الذي لم يشترط ذلك

بأثر رجعي معناه: رجوع كل من الموهب و الموهوب له إلى حالته الأصلية التي كان عليها قبل إبرام العقد الهبة و إعتبار الهبة كأن لم تكن، و بالتالي للواهب إسترداد الشيء الموهوب من الموهوب له بعد تسليمه له، لكن في حالة لم يكن قد سلمه له بعد فهو غير ملزم بتسليمه. آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري: أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع الجزائري إعتبر الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام، غير أنه أقر إستثناء للوالدين - دون سواهما- حق الرجوع فيما وهب لولدهما ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع. كما يعتبر الرجوع في الهبة فسخا، لها و يترتب على ذلك إعتبار الهبة كأن لم تكن أي أنه إذا كان الواهب قد سلم الموهوب له الشيء الموهوب، فيكون هذا من حقه إسترداد هذا الأخير، أما في الحالة العكسية أي إذا لم يكن قد سلمه له فلا يلتزم الواهب بتسليم الشيء الموهوب. و إذا كان هذا رأي التشريع الجزائري فما هو إذن الآثار القانونية التي قد ترتب على رجوع الوالد في هبته لولده؟ بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع لم ينص على الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة إلى الغير المتعامل معها رغم أهمية هذه المسألة و ما لهما من تأثير على حقوق الواهب و الموهوب له و الغير بخلاف أغلب التشريعات المقارنة الأخرى التي عالجت آثار الرجوع في عقد الهبة بنصوص قانونية خاصة. ولعل السبب في سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة هو أنه إعتبر الرجوع حالة إستثنائية مخولة للأبوين فقط بإرادتهما المنفردة و دون التوقف على رضا الموهوب له و حتى من دون اللجوء إلى القضاء .

و في غياب نصوص خاصة تنظم آثار الرجوع في عقد الهبة تجدر الإشارة إلى أنه إذا طرح على القاضي الجزائري نزاع حول مسألة الرجوع في عقد الهبة و الآثار التي تترتب عنه و جب عليه أن يفصل في النزاع وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و ذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 222 من (قانون الأسرة)¹ ، أو عن طريق الرجوع على القواعد العامة

¹ لمادة 222 ، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 45 (2) المادة 103 ، القانون المدني، ص18.

في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة بخصوص الآثار المترتبة على فسخ العقود و إبطالها¹.

وعلى أية حال يترتب على الرجوع في عقد الهبة إعتبار الهبة كأن لم تكن فيكون للرجوع عندئذ أثر رجعي يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة، ومن ثم يجب على الموهوب له أن يرجع الشيء الموهوب عقارا كان أو منقولاً إلى الواهب جبرا عليه وحتى بغير رضاه ومن غير اللجوء إلى القضاء لأنه مثلما سبق بيانه فيما تقدم يجوز بهذا الرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادته المنفردة ذلك أنه يتعين إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به و بالمقابل فإنه لا يبقى أمام الولد الموهوب له الذي فقد الشيء الموهوب سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه عن طريق إثبات قيام مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من (قانون الأسرة الجزائري) كما لو تمت الهبة من أجل زواجه أو لضمان قرض أو قضاء دين مترتب في ذمته أو إذا قد تصرف في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو هلك أو أدخل عليه ما غير من طبيعته.

أما إذا تعنت الموهوب له عن رد الشيء الموهوب إلى الواهب جاز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعادة الشيء الموهوب و التعويض إذا إقتضى الحال ذلك وفقا للإجراءات العامة في رفع الدعوى. غير أن السؤال الذي يثور في هذا الصدد هو أنه ما الحكم لو هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد تمام الرجوع في الهبة من جانب الواهب بموجب عقد توثيقي أو حكم قضائي؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب التفريق بين الحالتين:

1- الحالة الأولى: إذا وقع هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بفعله بعد تمام الرجوع في الهبة وجب على هذا الأخير تعويض الواهب لأنه ما من لهذا الهلاك، أي في هذه الحالة يكون الموهوب له ضامنا لهذا الهلاك ووجب عليه تعويض الواهب. 2- الحالة الثانية: إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي وقع الهلاك على الواهب ما لم يكن قد أعذر

الموهوب له بالتسليم فإن أعذره وقع الهلاك في هذه الحالة على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة. | ولا بد من أن نشير في هذا الصدد أن الرجوع في عقد الهبة من جانب الواهب يجب ألا يمس بحقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له حول الشيء الموهوب، و عليه إذا اكتسب هذا الغير الشيء الموهوب بموجب تصرف نهائي ببيع أو هبة أو وقف أو إبراء و نحوها من التصرفات الناقلة أو المسقطة للملكية بقي حقه محفوظاً و لم يسقط عنه، و بالمقابل لم يجز للواهب إسترداد الشيء الموهوب و ذلك لأن الرجوع في هذه الحالة ممتنع أصلاً طبقاً للمادة 211 من قانون الأسرة) لقيام المانع منه ، أما إذا ترتب حق الغير الشيء الموهوب بموجب تصرف غير نهائي كحق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن و غيرها فتسري عليه القواعد العامة في القانون المدني بوجه عام¹.

¹ شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص ص 161-165

خلاصة الفصل الثاني:

نستنتج أن هناك عدة تعاريف لمفهوم الرجوع عن عقد الهبة إذ أنه لا يوجد تعريف واحد و شامل يفسره تفسيراً دقيقاً إنما محاولات المجموعة من الفقهاء في القانون الذي حاولوا حصر مفهوم الرجوع في عقد الهبة كونه هو عودة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، أي إسترداد العين الموهوب من طرف الواهب وتجريد الموهوب له منها .

- أما بالنسبة لطبيعة الرجوع عن عقد الهبة، فلا هو فسخ لها، ولا إلغاء و إنما الرجوع عن عقد الهبة هو نظام قانوني مستقل بذاته.

- إن المبدأ العام هو: لا رجوع في الهبة، إلا أن المشرع الجزائري وضع الرجوع كاستثناء و منحه للوالدين فقط دون سواهما ما لم يكن هناك مانع من موانع الرجوع، وهذا بحكم المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري. - الواضح أن السبب الرئيسي من عدم ذكر المشرع الجزائري لآثار الرجوع هو المنع من الرجوع، لأنه كما ذكرنا سابقاً المشرع يعتبر أن الأصل هو عدم الرجوع و كاستثناء كرس هذا الحق للأبوين لما يرى ضرورة فيه للأولاد لأن هذا الحق مقيد. - كما تطرقنا في هذا الفصل إلى أهم آثار الرجوع عن الهبة في العقار في التشريع الجزائري و آثار الرجوع عن الهبة في العقار في الفقه الإسلامي .

خاتمة

ان الهبة تعتبر من التصرفات الخطيرة التي تمس المراكز الخطيرة التي تمس بالمراكز المالية للأفراد، و التي تؤدي الى افتقار في مالية الواهب و اغتناء ذمة الموهوب له، كما ان المشرع الجزائري حصر القواعد المتعلقة بعقد الهبة في القانون السرة و استمد احكامها من الشريعة الإسلامية في الوقت الذي يجب ان يوسع نطاق القوانين المنظمة لعقد الهبة ضمن نصوص القانون المدني الجزائري ، لكونها سبب من أسباب الملكية . ان قانون السرة في التشريع الجزائري لم يتطرق الى التزامات الواهب و الموهوب له، حيث انه اغفل الحديث عن اثار الهبة.

أخضع التشريع الجزائري إنشاء عقد هبة العقار لمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية الغير مألوفة، فشدد على شرط أهلية الواهب، مراعاة لطبيعة هذا التصرف، الذي يترتب عنه افتقار دون عوض. وأوجب أن يتم إفراغ إرادة المتعاقدين في عقد رسمي يحرره الشخص المخول له قانونا، بعد أن يتأكد من استقاء كامل الشروط القانونية يلي انعقاد عقد هبة العقار بتوفر جل أركانه، ولأسيما اثر إخضاعه لشكليات نفاذه المتمثلة في التسجيل الجبائي والشهر العقاري، انتقال ملكية العقار الذي يكون محله من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، بلا عوض.

استمد المشرع معظم الأحكام التي أوردها على هذا التصرف من الفقه المالكي، ويلاحظ في هذا الخصوص المتمعن في التشريعات العربية، وحتى التشريع الفرنسي، أن المشرع الجزائري لم يورد جل ما يقع على هذا العقد من أحكام، خصوصا تلك التي تسري على تنفيذه، من آثار والتزامات وأشكال إثيان الرجوع فيه. لكن يتم لسد هذا الفراغ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

يستفاد من أحكام الشريعة الإسلامية أنه يتعين على الشخص الواهب أن يقوم بالأعمال الضرورية لتجسيد انتقال ملكية العقار، محل تبرعه، كما يتعين عليه أن يضمن تعرضه للموهوب له، ولكنه لا يضمن الاستحقاق إلا في حالات محددة على سبيل الحصر هي حالة إخفاء الواهب لسبب الاستحقاق، وحالة كون الهبة مقدمة بعوض، وحالة وجود اتفاق بين

الواهب والموهوب له بأن يضمن الأول استحقاق الثاني للعين الموهوبة. وتجدر الإشارة أن هذه الحالات أجمع عليها الفقه الإسلامي هي نفسها التي أوردها التشريع الفرنسي. كما يلتزم الواهب بضمان العيوب الخفية في حالة تعمدته في إخفاء العيب أو ضمانه لخلو الشيء الموهوب من العيب.

يلاحظ في التزامات الواهب أنها تتشابه كثيرا بتلك التي تقع على البائع في عقد البيع، غير أنها أقل شدة وأهمية في عقد الهبة. ويفسر ذلك يكون التزامات الواهب تنشئ بموجب تصرف تبرعي، وهذا على عكس التزامات البائع التي تنشئ في مقابل التزامات تقع على عاتق المشتري.

ويترتب أيضا عن نفاذ عقد هبة العقار أن يقع التزام على الموهوب له بأداء العوض إذا كانت الهبة مقدمة في مقابل عوض، كما يقع عليه تسديد مختلف نفقات العقد ما لم يتفق على غير ذلك. في العقد أن يطالب بفسخ العقد، متى امتنع الطرف الآخر عن ويحق لكل طرف تنفيذ التزاماته.

والأصل أن يكون عقد هبة العقار لازم فور صدوره، فيمتنع الرجوع فيه إلا في حالة هبة الأبوين لولدهم عملا بنص المادة 211 من قانون الأسرة، التي لم تقيد هذا الرجوع بأجل أو بشروط معينة، لكنها أوردت موانع تحول دون أن يحق الرجوع تتمثل في مانع كون الهبة مقدمة لزواج الولد الموهوب له، ومانع كون الهبة مقدمة لضمان قرض أو لقضاء دين، ومانع تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه أو إدخاله فيه لما غير من طبيعته.

ويخول لأطراف عقد هبة العقار الحق في اللجوء إلى القضاء المختص للفصل في النزاعات التي قد تنشأ بينهم في خصوص تنفيذ أو صحة العقد الذي يربطهم، وتضم المنظومة التشريعية الجزائرية العديد من الدعاوى يتم بها إتيان هذا اللجوء، وحدد قانون الإجراءات.

قائمة

المصادر والمراجع

الدساتير والواامر والقوانين:

1. أمر 05/02 المؤرخ في 12 محرم 1426 الموافق ل 7 فبراير سنة 2005، معدل و متمم للقانون 84/11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق في 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة والجريدة الرسمية ، العدد15.
2. القرار الصادر بتاريخ: 22 /10/ 1984 ، المجلة القضائية ، العدد 03 ،سنة 1989.
3. القانون رقم 90 -25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن "قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية.
4. مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 1997، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 153622، قرار بتاريخ 11-1998/03.
5. المذكرة رقم 53-30 المؤرخة في 26 أكتوبر 2009 المتعلقة بتسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها و/أو المدارس القرآنية
6. مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2010، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 554347، قرار بتاريخ 15/07/10 .
7. المادة 86 ،الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 /09/ 1975 المتضمن لقانون المدني.

الكتب

1. ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة، دار الجبل لبنان، ط1، 1991.
2. ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل ، بيروت ، ط1، 1988.
3. أحمد كامل الصيرفي، مقالة حول الرجوع في الهبة مجلة القانون و الاقتصاد، (العدد 73) مصر - القاهرة.
4. امجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط مؤسسة الرسالة ناشرون ، ط3 دمشق، 2009.

5. الأندلسي أبو بكر محمد بن عصام، تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام، دار الآفاق العربية، مصر، ط1، 2011.
6. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ج7، (د.س.ن)
7. بدران أو العينين بدران، الموارد و الوصية و الهبة في الشريعة و القانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.
8. حمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية بيروت- لبنان.
9. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، 2004.
10. الدكتور أكرم أمين الحوارية العقود المدنية (الصلح، اخبة، الوكالة)، مصر، مطبعة النهضة.
11. الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004.
12. رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2004.
13. الزبيدي محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، مطبعة حكومة كويت، 1984، ج 21.
14. زروقي ليلي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.
15. سمير صبحي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2015.

16. شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في النظر التبرعية في القانون الجزائري (الهبية، الوصية الوقف)، دار هومة ، الجزائر.
17. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، منشورات الحلبي.
18. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، لبنان.
19. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
20. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2006.
21. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفاعي، دار مصر ط1922.
22. كمال حمدي، الموارد و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
23. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر - 1996.
24. محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، فهرسة مكتبة الملك، الرياض.
25. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر - 2007.
26. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية

27. محمد يوسف عمري، الميراث و الهبة دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان، 2008.
28. مضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
29. نورة منصوري، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر، 2010.
30. هشام قبالن، الوصية الواجبة في الإسلام، منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت باريس، ط1 ، 1981
31. وجدي شفيق فرج، دليل إجراءات التعامل مع مأموريات الشهر العقاري ومكاتب التوثيق، شركة ناس، ط1.
- المذكرات و الطروحات العلمية :**
1. أميرة بادي، الرجوع عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل، 2016 2017.
2. سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة الدعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام الأحكام الابتدائية، دار هومة للنشر ، الجزائر، 2013.
3. سليخ البشير، "الهبة وأحكامها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016 .
4. عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية و الهبة و الوقف) في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، (2016/2017).
5. عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة - الجزائر - 2007/2008.

6. عون سف الدين ومحمودي لطفي وسلطانية عبد الكريم، الحماية الجزائرية للملكية العقارية، مذكرة تخرج

7. فايزة عبد السبع، الرجوع في التصرفات التبرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

8. فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة (3 الجزائر-1، -كلية الحقوق)، 2010-2011،

9. فريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1 2002.

10. قعباش فارس، "الهبة في العقار" مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016 .

11. مساعدي حنان، التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قائمة، 2016-2017.

12. ندى عرعار ونهاد طابوش، "هبة العقار في التشريع الجزائري"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية، قسم العلوم القانونية و الإدارية، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قائمة، 2017.

المقالات العلمية و الملتقيات العلمية

1. جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي في القانون المدني وفي المعاملات الإماراتي، مجلة الأمن و القانون، كلية الشرطة دبي، العدد 1، الإمارات العربية المتحدة، جانفي 1998.

الملخص

المخلص:

إن عقد هبة العقار هو أن يتخلى الواهب مجاناً عن عقار يملكه لصالح الموهوب له. يتمثل العنصر المادي في الهبة في فعل افتقار الواهب بلا عوض، ويتمثل عنصرها المعنوي في نية التبرع الموجودة لدى الواهب. يوجد عدة شروط موضوعية وشكلية لعقد هبة العقار تتمثل في التراضي والمحل والسبب والحيازة والرسمية، ويجب الانتقال الملكية العقارية بموجب عقد الهبة أن يخضع هذا الأخير لإجراءي التسجيل والشهر العقاري. وتترتب عن الهبة مجموعة من الالتزامات على المتعاقدين تقع أهمها على عاتق الواهب. كما يخول للواهب حق الرجوع عن الهبة ضمن شروط حددها القانون. ويمكن أن تترتب على تنفيذ عقد هبة العقار نزاعات تعرض بإحدى الدعاوى، ليتم الفصل فيها طبقاً للقانون.

Abstract

The contract of gift of real estate is for the donor to give away free of charge real estate he owns for the benefit of the donor. The material element of the gift is the act of the giver's irreplaceable bereavement, and its moral element is the donor's intent to donate.

There are several substantive and formal conditions for the real estate gift contract, which are the consent, the place, the reason, the possession and the official, and the real estate ownership must be transferred under the gift contract that the latter is subject to the registration and real estate registration procedures. As a result of the gift a set of obligations on the contracting parties, the most important of which fall on the shoulders of the donor. It also gives the donor the right to withdraw from the gift within the conditions set by the law. The implementation of the real estate gift contract may result in disputes that are presented in one of the cases, to be adjudicated in accordance with the law.